

SUPERACIÓN DEL FALSO DILEMA ENTRE DERECHO Y GUERRA: A
PROPÓSITO DE LA SENTENCIA QUE EN 1997 CONSTITUCIONALIZÓ LAS
'CONVIVIR' EN COLOMBIA

SEBASTIÁN LALINDE ORDÓÑEZ

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO

2011

SUPERACIÓN DEL FALSO DILEMA ENTRE DERECHO Y GUERRA: A
PROPÓSITO DE LA SENTENCIA QUE EN 1997 CONSTITUCIONALIZÓ LAS
'CONVIVIR' EN COLOMBIA

SEBASTIÁN LALINDE ORDÓÑEZ

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO
PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

ASESOR
MARIO ALBERTO MONTOYA BRAND

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2011

Nota de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, mayo de 2011

CONTENIDO

	PÁG
INTRODUCCIÓN.....	6
1. Una aclaración previa.....	12
2. El evangelio según la modernidad.....	14
3. Hacia el desmantelamiento de la modernidad: desde la Ilustración hasta Abu Ghraib.....	23
4. Érase una vez el amor pero tuve que matarlo.....	36
5. Constitucionalización de las 'convivir': instrumentalización del derecho como arma de guerra y como máquina generadora de guerra.....	45
6. Una conclusión en medio de una disputa entre amores y odios.....	60
BIBLIOGRAFÍA.....	68

“La humanidad no progresa lentamente de combate en combate hacia una reciprocidad universal, en la que las reglas sustituirán, para siempre, a la guerra; instala cada una de estas violencias en un sistema de reglas, y va así de dominación en dominación. Y es precisamente la regla la que permite que se haga violencia a la violencia, y que otra dominación pueda doblegar a los mismos que dominan. En sí mismas las reglas están vacías, son violentas, carecen de finalidad; están hechas para servir a esto o aquello; pueden adaptarse a gusto de unos o de otros. El gran juego de la historia es para quien se apodere de ellas, ocupe el puesto de los que las utilizan, se disfraza para pervertirlas, utilizarlas al revés y volverlas contra los que las habían impuesto; para quien introduciéndose en el complejo aparato lo haga funcionar de tal forma que los dominadores se encuentren dominados por sus propias reglas”.

Michel Foucault¹

¹ FOUCAULT, Michel. *Nietzsche, la genealogía, la historia*. Traducido por José Vásquez Pérez. Segunda edición. Valencia: Pretextos, 1992, p. 40.

INTRODUCCIÓN

El pensador italiano Norberto Bobbio propuso cuatro maneras de comprender cómo el derecho se relaciona con la guerra, resumidas así por el profesor Mario Montoya Brand: *“guerra como antítesis del derecho, guerra como medio para lograr el derecho, guerra como objeto del derecho y como fuente del derecho”*².

La primera modalidad de relación, la que encuentra que la guerra es el antónimo del derecho, hace referencia al derecho como un ordenamiento representativo de la paz y, en consecuencia, su respeto implica un estado de no guerra.

En la segunda, la guerra es un medio para lograr el derecho, lo que implica que el derecho es un fin alcanzable a través de la guerra. En otras palabras, el botín de guerra que se lleva el vencedor es la posibilidad de determinar el derecho, de definir la primacía de un orden axiológico de comprensión del orden social. Ya Foucault había advertido que *“[l]a guerra nunca desaparece porque ha presidido el nacimiento de los Estados: el derecho, la paz y las leyes han nacido en la sangre y el fango de batallas y rivalidades que no eran precisamente –como imaginaban filósofos y juristas- batallas y rivalidades ideales. La ley no nace de la naturaleza, junto a las fuentes a las que acuden los primeros pastores. La ley nace de conflictos reales: masacres, conquistas, victorias que tienen su fecha y sus horroríficos héroes de combate; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; la ley nace con los inocentes que agonizan al amanecer”*³.

La tercera concepción, la que reconoce a la guerra como objeto del derecho, entiende que el ordenamiento jurídico regula a través de sus instituciones la

² MONTOYA BRAND, Mario. *Control constitucional, guerra y paz en Colombia: 1992-2006*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2009, p. 455.

³ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Madrid: La Piqueta, 1992, p. 59.

guerra, el uso de la violencia, la forma de hacer la guerra y la capacidad o competencia para ejercer violencia⁴. Un ejemplo que revela bien esta relación es el Derecho Internacional Humanitario.

Para la última forma de relación, es el derecho el que da lugar a la guerra, afirmación que tiene una fuerte carga revolucionaria pues indica que la guerra se hace para derrocar a un régimen e instaurar un nuevo ordenamiento jurídico o por lo menos para lograr ciertos beneficios o reconocimientos por parte del ordenamiento jurídico imperante, dado que ciertos grupos de la población se sienten excluidos o consideran que el derecho vigente es injusto y merece ser redefinido, bien sea en su totalidad o de manera fragmentaria.

El elemento diferenciador entre esta última relación y la que concibe la guerra como medio para lograr el derecho es que en ésta no se presupone una soberanía sino que antes bien la guerra se hace para construir la soberanía, en tanto que en aquella la guerra se hace para refundar total o parcialmente la soberanía existente.

Aparte de estas cuatro fórmulas que construye Bobbio para describir las relaciones entre derecho y guerra, es posible reseñar una más que se encuentra bastante ligada con aquella que fija que el derecho da lugar a la guerra, y es la que plantea que el derecho sirve como arma o instrumento de guerra.

Esta relación proviene de la evidencia de que el derecho es un lenguaje y como tal es utilizado por el poder en su propio beneficio o, como diría Foucault, *“[e]l discurso, por más que en apariencia sea poca cosa, las prohibiciones que recaen sobre él, revelan muy pronto, rápidamente, su vinculación con el deseo y con el*

⁴ Para una distinción entre los términos violencia, fuerza, guerra y coerción véase: VÁSQUEZ CÁRDENAS, Ana Victoria. *Un episodio de violencia estatal como expresión de la guerra irregular en Colombia*. Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en Ciencia Política. Universidad de Antioquia. Instituto de Estudios Políticos. Medellín, 2002.

*poder*⁵. En estas circunstancias, la maleabilidad del derecho facilita que los sectores que monopolizan con autoridad su lenguaje (jueces, gobiernos, legisladores) lo utilicen como arma de guerra a fin de impedir que otro sector, el enemigo bélico o ideológico, se apodere del derecho y con él someta a otros⁶, con el agravante que esta conducta favorece aún más el clima de beligerancia del bando contrario.

Si bien es cierto que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentran múltiples pronunciamientos que reflejan todas estas relaciones entre derecho y guerra a las que me he referido⁷, salvo la que tiene que ver con la guerra como fuente del derecho, lo cual es explicable debido a su connotación revolucionaria y contra institucional, en esta investigación centro mis esfuerzos en la presentación de ciertos fallos de esta Corporación en los cuales se evidencia una adhesión a la postura cuyo enfoque determina que el derecho es un ordenamiento que propicia y asegura la paz y que, por ende, se encuentra en la orilla opuesta de la guerra y de la violencia. Esto con la pretensión de oponer a esta particular manera de concebir guerra y derecho una tesis mucho más realista de acuerdo con la cual la guerra es propiciada por el mismo derecho y el derecho es instrumentalizado para hacer la guerra. El caso que examinaré para soportar esta tesis es la sentencia C-572 de 1997 de la Corte Constitucional que declaró ajustada a la Carta Política la fundación de grupos comunitarios de vigilancia y de seguridad privada comúnmente conocidos como las ‘convivir’.

⁵ FOUCAULT, Michel. *El orden del discurso. Discurso inaugural en el Collège de France* (1970). Traducido por Alberto González Troyano. Cuarta edición. Barcelona: Tusquets, 2008, p. 14.

⁶ Esta afirmación, por supuesto, no excluye el hecho de que los discursos marginados también usan el lenguaje del derecho como arma. Así pues y sólo para citar pocos ejemplos, los homosexuales, las mujeres y los negros han traducido su necesidad de reconocimiento en términos de derechos humanos. Así mismo, múltiples miembros de grupos armados han encontrado en la figura del delito político una manera de defenderse del poder punitivo del Estado. La causa de este fenómeno se encuentra en las múltiples posibilidades interpretativas que ofrece el derecho, y por ello es que “ninguna ficción normativa de ‘unidad’ impedirá que cada uno de los grupos en pugna se apodere de aquel fragmento o palabra de la Constitución que le parezca más apropiado para derribar al partido contrario, también en nombre de la Constitución”. Cfr. SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad* (1932). Traducción de José Díaz García. Madrid: Aguilar, 1971, p. 152.

⁷ Cfr. MONTROYA BRAND, Mario, Op. Cit.

Resulta relevante aclarar desde ya que a partir de la aparición de la teoría contractualista de Hobbes en la literatura de la filosofía política, la narrativa tradicional de la modernidad ha entendido que el derecho es el antónimo de la guerra y, que por lo tanto, es sinónimo de paz, lectura que, en nuestro contexto, ha sido acogida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Sin embargo, diversos autores, entre ellos Carl Schmitt, Michel Foucault, Robert Cover y, dentro de la doctrina nacional, Hernando Valencia Villa, han anotado que el derecho no es la superación de la guerra y de la barbarie y, por lo tanto, el elemento que pacificará a la sociedad, sino que, por el contrario, el derecho excluye, crea desigualdad, elimina manifestaciones culturales, implanta pobreza, castiga, separa familias, destruye otras interpretaciones del derecho, despoja de bienes, sirve para que los vencedores dominen a los vencidos⁸; en suma, el derecho imprime violencia sobre otros y, a la sazón, puede llegar a generar guerras, como sucedió en los años cincuenta y sesenta con la conformación del Frente Nacional, hecho que facilitó la creación de las primeras organizaciones guerrilleras en Colombia, o como sucedió con el régimen de Fulgencio Batista en Cuba que dio lugar a la eclosión del Movimiento 26 de Julio liderado por Fidel Castro, o como sucedió con la invasión a Playa Girón en respuesta al triunfo de la revolución cubana. En estos tres episodios históricos se hizo evidente que ciertos sectores de la sociedad encontraron injusto el ordenamiento jurídico vigente y decidieron armarse para combatirlo.

⁸ Vale la pena precisar que el derecho también puede ser cooperación, solidaridad, acuerdos, democracia, etc., puesto que, como bien lo ha enseñado el positivismo jurídico, no existen contenidos necesarios del derecho. Cfr. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003. Es oportuno traer a Foucault a este debate en el sentido en que él cuestionaba que “[s]i el poder no fuera más que represivo, si no hiciera otra cosa que decir no, ¿cree usted verdaderamente que llegaríamos a obedecerlo? Lo que hace que el poder se sostenga, que sea aceptado, es sencillamente que no pesa sólo como potencia que dice no, sino que cala de hecho, produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos; hay que considerarlo como una red productiva que pasa a través de todo el cuerpo social en lugar de como una instancia negativa que tiene por función reprimir”. Cfr. FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Traducción e introducción de Miguel Morey. Barcelona: Altaya, 1994, p. 137.

En consecuencia, en un sentido muy definido el derecho supone un círculo vicioso: los ordenamientos jurídicos producen guerras y los ordenamientos jurídicos que se forjan como resultado de esas guerras originan más guerras⁹. De allí que sea muy reveladora la expresión 'cartas de batalla' introducida por Valencia Villa para destacar que el derecho no responde a un pacto o consenso sino a la imposición de unos sobre otros, de los vencedores sobre los vencidos¹⁰.

Pues bien, con el propósito de demostrar que el derecho en efecto genera guerras y que es utilizado como arma de guerra, comienzo este escrito por identificar el derecho con el Estado para aclarar el empleo que de estos dos términos haré a lo largo del texto (i). En lo que sigue, analizaré críticamente la perspectiva que considera que la paz es una característica definitoria del derecho y que la guerra es un elemento absolutamente ajeno al derecho. Algunas sentencias de la Corte Constitucional relativas a la guerra y al control constitucional de la misma me servirán para afirmar que en dicha Corporación ha tenido eco tal relación optimista

⁹ Obviamente la reflexión que hago en este escrito no tiene pretensiones ecuménicas o universales, no pretende explicar todas las guerras que ha vivido la humanidad ni mucho menos pretende dar cuenta de la manera como han nacido todos los ordenamientos jurídicos. Mi propósito es mucho más modesto porque entiendo que, por ejemplo, la independencia de la India encabezada por Gandhi significó la instauración de un nuevo ordenamiento jurídico sin necesidad de que se desatara una guerra previa o que se disparara un solo cañón. Asimismo, entiendo que hay autores, entre ellos Hernando Valencia Villa, quienes defienden la Constitución de 1991 como una carta pacto o una carta consenso y no como una 'carta de batalla', por polémica que me resulte esta visión. Cfr. VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Segunda edición aumentada. Bogotá: Fondo Editorial CEREC, 1997. Por lo tanto, en este documento rechazo los discursos globalizantes y las teorías que pretenden dar cuenta de todo cuanto sucede en el mundo. Me parece interpretar muy bien a Foucault, pensador que soñaba con "el intelectual destructor de evidencias y universalismos, el que señala en las inercias y las sucesiones del presente los puntos débiles, las aperturas, las líneas de fuerza, el que se desplaza incesantemente y no sabe a ciencia cierta dónde estará ni qué pensará mañana, pues está demasiado atento al presente". Cfr. FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Op. Cit., p. 145.

¹⁰ El caso de la justicia de vencedores resulta bastante esclarecedor: "Tanto Milošević como Hussein fueron encarcelados y sometidos a juicio por voluntad de Estados Unidos y Gran Bretaña, después del final victorioso de dos guerras de agresión: la 'humanitaria', en nombre de la defensa internacional de los derechos humanos, emprendida en 1999 por la OTAN en contra de la República Federal Yugoslava, y la 'preventiva' contra Irak, que comenzó en 2003 y que todavía se encuentra trágicamente en curso. [...] Por el contrario, nada les ocurrió a los criminales responsables de las catástrofes atómicas de Hiroshima y Nagasaki, de agosto de 1945, o de los bombardeos devastadores de las ciudades alemanas y japonesas que, al final del segundo conflicto mundial, cuando los Aliados ya habían ganado la guerra, provocaron cientos de miles de víctimas en las poblaciones civiles. Nada les sucedió a las autoridades políticas y militares de la OTAN, responsables de un crimen internacional 'supremo' como la guerra de agresión 'humanitaria' contra la República Yugoslava". Cfr. ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Traducido por Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 13.

entre derecho y guerra (ii). Luego desenmascararé los hitos o dogmas de la modernidad de la mano del estructuralismo, de la filosofía hermenéutica, de la deconstrucción, del marxismo y de otros autores y corrientes que se han dedicado a sospechar de la modernidad, para así comprender lo arcano detrás del derecho y para confirmar lo flexible y apropiable que es este ente (iii). En lo sucesivo, enfrentaré la posición optimista asumida por la modernidad y por la Corte Constitucional con una visión conforme con la cual el derecho y la guerra no se ubican en dos polos antagónicos sino que más bien se relacionan estrechamente (iv), para después examinar la sentencia de la Corte Constitucional que constitucionalizó las 'convivir', con lo cual respaldaré la tesis de que la guerra es una consecuencia del derecho y que el derecho, a la vez, es un arma para enfrentar esa guerra (v). Finalmente, formularé una conclusión (vi).

Así pues, el desarrollo de esta investigación comprende una descripción de lo que es el derecho visto a través del lente de la modernidad (paz) y de lo que es el derecho explicado por la posmodernidad (guerra)¹¹.

¹¹ "Jean-François Lyotard definió de manera célebre la condición post-moderna como el agotamiento y el escepticismo hacia las grandes narrativas". Cfr. DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos* (2000). Traducción de Ricardo Sanín Restrepo, Óscar Guardiola-Rivera y Ómar Alonso Medina. Bogotá: Legis, 2008, p. 328.

1. Una aclaración previa

Antes de iniciar la problemática empresa que me he propuesto, califico oportuno equiparar los conceptos de derecho y Estado, sin ignorar lo traumático que esto puede resultar, en razón de que en lo que resta del texto me referiré indistintamente a ambas instituciones como lugares supuestamente representativos de la paz y del orden y repelentes a la lógica de la guerra, según el relato dominante de la modernidad, y como lugares donde la guerra tiene un puesto reservado. El objetivo que persigo al establecer una equivalencia entre Estado y derecho es esquivar la réplica de que una cosa es que los Estados hagan la guerra y utilicen el derecho como arma de guerra y otra que el derecho *per se* implique guerra. O que en el extremo se diga que los actos estatales de guerra no son jurídicos o, lo que es lo mismo, que escapan del campo del derecho¹². *“Es decir que la función que presta el dualismo [entre Estado y derecho] es la de poder distinguir entre mal gobierno y buen Derecho o entre buen Derecho y mal gobierno para inculparse el uno al otro por su ineficacia, inutilidad o ilegitimidad”*¹³.

Para Kelsen, *“[s]i se resuelve el dualismo de derecho y estado, si se reconoce al estado como un orden jurídico, entonces los llamados elementos del estado – territorio y población- aparecen como las esferas territorial y personal de validez*

¹² En tal orden de consideraciones, acierta Kelsen en hallar que el tradicional dualismo entre Estado y derecho tiene una función política e ideológica. “Y esta función es la siguiente: liberar, según las necesidades políticas, de los lazos del orden jurídico, al gobierno falsamente identificado con el estado (ya que en realidad, aquél sólo es un órgano del estado, es decir, un órgano de creación y aplicación del derecho instituido por el orden jurídico) y justificar actos del gobierno que desde el punto de vista de la ciencia jurídica no podrían ser considerados como aplicación del derecho material vigente”. Cfr. KELSEN, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (1953). Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Quinta edición. México: Fontamara, 1998, p. 37.

¹³ MONTOYA RESTREPO, Nataly. “Usos y abusos del concepto ‘Estado’ según Hans Kelsen”. En: MONTOYA BRAND, Mario y MONTOYA RESTREPO, Nataly (editores y compiladores). *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2011, p. 153.

del orden jurídico nacional”¹⁴. Ahora bien, si se asume una concepción de corte monista del Estado como lo hace Heller, es forzoso concluir que sólo con el advenimiento del absolutismo hay un Estado en ciernes. Conjugando la premisa de Kelsen con la premisa de Heller y construyendo el silogismo completo, tenemos que: Estado y derecho no se diferencian, antes del absolutismo no había Estado, luego con el absolutismo nace el derecho. Aunque lógicamente correcta, esta conclusión es absurda dado que desde los inicios de la humanidad han existido reglas heterónomas que han permitido la convivencia entre personas. Únicamente Robinson Crusoe en su soledad podía prescindir de normas. De suerte que la hipótesis kelseniana se cae por su propio peso, salvo que la superación del dualismo Estado y derecho se circunscriba exclusivamente al Estado moderno, caso en el cual sí es perfectamente plausible asociar ambas instituciones. Así las cosas, acojo el tratamiento indiscriminado de Estado y derecho que esboza Kelsen, atendiendo esta última precisión.

¹⁴ KELSEN, Hans. “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica” (1941). En: KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Prólogo de Enrique Aftalión. México: Editora Nacional, 1974, p. 232.

2. El evangelio según la modernidad

En este capítulo doy cuenta de los fundamentos y secretos tras el entendimiento del derecho como un escenario de paz y orden. Al mismo tiempo, expongo algunas sentencias de la Corte Constitucional en las que se plasma explícitamente tal enfoque y otras en las que se insinúa, para finalizar con un análisis que explica los motivos por los cuales considero que la Corte se inscribe en este enfoque.

Pues bien, la filosofía política mayoritaria ha tenido como preocupación principal la legitimación del poder, su justificación¹⁵. En un principio pues, el poder del soberano fue fundamentado a través de teorías teocráticas que entienden que el poder descende de Dios, manera de pensar que dio lugar a la aparición de corrientes como la teoría de las dos espadas y el derecho divino de los reyes. Sin

¹⁵ Los estudios sobre la historia del Estado de Foucault se oponen a la teoría tradicional del Estado, puesto que él no estudia el poder desde los contratos, las convenciones, los pactos sociales y la soberanía, sino desde el modelo de las sujeciones. Su preocupación principal no es entonces “preguntar a los sujetos cómo, por qué, en nombre de qué derecho pueden aceptar dejarse sojuzgar (sujetar), sino de mostrar cómo hacen las relaciones efectivas de sujeción para fabricar sujetos”, es decir que su estudio del poder es ascendente y no descendente. Cfr. FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Op. Cit., p. 53.

Ejemplos de estos operadores de dominación los proporciona el mismo Foucault en su texto *Vigilar y castigar*, donde examina el poder disciplinario que se ejerce en hospitales, escuelas, manicomios, talleres, campamentos militares y cárceles a fin de establecer las relaciones de sujeción constante sobre los cuerpos. Cfr. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1976). Traducción de Aurelio Garzón del Camino. Vigésimoséptima edición. México. D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1998.

El análisis foucaultiano del poder se complementa con el rescate de la guerra que entiende Foucault que hierve detrás de las relaciones de poder, detrás de las relaciones de dominación. Para él, el poder, “siendo el despliegue de una relación de fuerzas, debería ser analizado en términos de lucha, de enfrentamientos y de guerra, en lugar de serlo en términos de cesión, contrato, alienación, o en términos funcionales de mantenimiento de las relaciones de producción”. Cfr. FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Op. Cit., p. 29. Por eso es que este autor francés observa que si se escribiera la historia de la paz, lo que en realidad se escribiría sería la historia de la guerra. Y a continuación pregunta: “¿quién ha imaginado que el orden civil es un orden de batalla; quién, en la filigrana de la paz, ha descubierto la guerra; quién, en el clamor y la confusión de la guerra, en el fango de las batallas, ha buscado el principio de inteligibilidad del orden, del Estado, de sus instituciones y de su historia?”. Cfr. *Ibid.*, p. 56.

De igual manera, la profesora María Teresa Uribe de Hincapié, siguiendo esta lógica foucaultiana, ha llamado la atención sobre una paradoja que muchas veces se desprecia, y es que “si bien los regímenes democráticos tienen como precondition la soberanía del Estado, la construcción histórica de ella tiene poco que ver con la democracia y muchísima relación con la violencia y la sangre derramada”. Cfr. URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. “Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”. En: *Estudios Políticos No. 13*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre 1998, p. 16.

embargo, esta forma de explicar el poder fue superada en los siglos XVII y XVIII por la teoría contractualista, la cual pretende justificar el poder secularmente, señalando que éste es creado por los hombres y que todos y cada uno de ellos lo debe justificar mediante la figura del pacto social.

Es en este contexto en el que Hobbes va a diferenciar el estado de naturaleza, en el cual los hombres se encuentran en una situación de constante guerra fruto de su natural ambición y egoísmo, del estado civil en el que los hombres renuncian a las armas y a la utilización de la fuerza por sí mismos para entregarle al Estado dicho poder.

De modo pues que la propuesta de Hobbes va a marcar el inicio de uno de los hitos de la modernidad, cual es que el Estado y el derecho representan la paz en tanto que la guerra se presenta allí donde no existe Estado ni derecho. En este sentido, el derecho se entiende como la racionalización de los conflictos, es decir, como la manera de conducir los conflictos a términos normativos y, por contera, a términos pacíficos.

Pese a ello, es importante recordar, para no culpar injustamente a Hobbes de ser el autor de este hito de la modernidad, que él *“[...] no se limita [...] a colocar la guerra de todos contra todos en el origen del Estado –en la aurora real y ficticia del Leviatán- sino que la sigue y la ve amenazar y desbocarse incluso después de la constitución del Estado. [...] En primer lugar dice que, incluso en un Estado civilizado, cuando uno deja el domicilio propio nunca se olvida de cerrar cuidadosamente la puerta con llave, porque sabe bien que hay una guerra permanente entre los ladrones y los que sufren robos. En segundo lugar, recuerda que en las selvas americanas hay todavía poblaciones cuyo régimen continúa siendo el de la guerra de todos contra todos. Por fin, ¿no hace notar que las relaciones entre un Estado y otro [...] son análogas a las de dos hombres, uno frente al otro, con las espadas desenvainadas y las miradas vueltas la una contra*

*la otra? En todos los casos, entonces, la guerra está presente y constituye una amenaza incluso después de la formación del Estado*¹⁶. En estas condiciones, Hobbes plantea, por lo menos desde la lectura que Schmitt y Foucault hacen de él, que el soberano debe estar siempre con la espada desenvainada, precaviendo que ningún otro grupo con pretensiones soberanas le arrebate el poder¹⁷.

A pesar de que Hobbes no borra por completo la guerra del Estado ya constituido, sí está lejos de suscribir la hipótesis de la guerra permanente que se libra cuando el Estado ya ha nacido, *“reubicando el contrato detrás de toda guerra y de toda conquista y salvando así la teoría del Estado*¹⁸.

Por otra parte, un rastreo a algunas sentencias de la Corte Constitucional relativas al tema de la guerra y a contenidos conexos como estados de conmoción interior, fuerza pública, paz, Derecho Internacional Humanitario y similares, me permitió constatar que, en no pocas oportunidades, la Corte ha sido caja de resonancia de la posición que iguala derecho y paz.

Por ejemplo, en la sentencia T-561 de 1993, la Corte se pregunta: *“¿Por qué el mantenimiento de la paz es necesario para la protección de las personas en los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 20.? Sencillamente, porque sólo en un ambiente de paz, en una sociedad donde el Estado sea el único depositario de la fuerza, y ésta esté al servicio del derecho, es posible el disfrute de los derechos por todos. Por el contrario, cuando impera la ley del más fuerte,*

¹⁶ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Op. Cit., p. 98.

¹⁷ Es muy elocuente que la imagen de la portada original del libro *Leviatán* de Hobbes, elaborada por Abraham Bosse, incluya al soberano sosteniendo en una mano la espada desenvainada y en la otra mano el báculo protector.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Op. Cit., p. 108.

la suerte de los derechos individuales depende de la capacidad de su titular para hacerlos valer mediante el empleo de la fuerza”¹⁹.

En un sentido muy similar, en la sentencia C-008 de 2003 se dijo que *“el principal objetivo de toda Constitución y la razón de mantener su condición de norma suprema en la escala del ordenamiento jurídico, es el de estructurar para la comunidad el Estado de Derecho, entendido como aquél que procura garantizar a sus coasociados el equilibrio y la armonía en las relaciones políticas, económicas y jurídicas, asegurando un orden justo y autónomo. Por eso, coincidiendo con el criterio doctrinal más generalizado, puede afirmarse que la mayoría de los textos constitucionales se diseñan bajo un supuesto de orden y normalidad, estableciendo los parámetros generales de la actividad y comportamiento de los organismos estatales, de los gobernantes y gobernados en situaciones de paz o, a lo sumo, con el fin de asegurar que dichas situaciones constituyan el eje central del funcionamiento del Estado y tengan efecto de permanencia”²⁰.*

De manera un poco más contundente, en la sentencia C-179 de 1994 expuso la Corte: *“Quizás lo más sensato, para trazar un límite que resulta ineludible, es construir la noción a partir de otra, no exenta de dificultades pero menos problemática, como lo es la de eficacia del derecho. El derecho es eficaz, desde esta perspectiva, cuando consigue moldear la conducta de los destinatarios conforme al propósito que lo informa. Cuando tal ocurre, no hay duda de que al estado de cosas resultante podemos llamarlo orden, no importa cuán plausible o censurable se nos antoje. [...] Así entendida esa noción, se confunde con la de paz. No es casual que el gran teórico del formalismo jurídico y demoledor crítico del jusnaturalismo, Hans Kelsen, no obstante su afán de entender e interpretar el derecho al margen de valores, lo defina como un ordenamiento de paz, situación que adviene cuando quienes detentan el monopolio de la fuerza dentro de la*

¹⁹ Sentencia T-561 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

²⁰ Sentencia C-008 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

comunidad, logran el propósito de ser obedecidos lo que -en un lenguaje impersonal- equivale a esto: cuando el derecho se cumple. Porque entonces se sabe con certeza quién, cuándo, bajo qué circunstancias y en qué medida puede usar legítimamente de (sic) la fuerza. [...] Cuando ocurre lo contrario a lo que se ha descrito, la que se presenta es una situación de anomia, por carencia de una normatividad capaz de uniformar la conducta de los sujetos destinatarios, en la medida necesaria para que sea posible la convivencia” (subrayas tomadas del texto original)²¹.

Para la Corte Constitucional es claro que el Estado y sus instituciones no producen guerra, sino que, por el contrario, son la garantía de la paz: *“En cuanto al asunto en sí, considera esta Corporación que el peligro para la población de Santo Domingo no se origina en la presencia de la Policía Nacional o en la construcción de su cuartel, sino en la presencia de grupos armados irregulares y en la posibilidad de que éstos ataquen al poblado”²².*

Es explicable, sin embargo, la aparente ingenuidad con la que estas sentencias a las que he aludido invocan el derecho, pues no se puede perder de vista que la Corte Constitucional es una institución que interpreta con autoridad el derecho y que, debido a su carácter conservador, pues todas las instituciones lo son por definición, tiende, de manera deliberada o no deliberada, a ser optimista en su manera de leer el derecho como medio para obtener el beneplácito de la población y como técnica para evitar que las personas caigan en un desencanto por el derecho y por el Estado. La forma más fácil de someter y de gobernar es hacer creer en ideales, en verdades absolutas: en el orden, en la paz, en la justicia; e

²¹ Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²² Sentencia T-102 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

infundir miedo porque las personas se desprenden de los gobernantes si el miedo no los acecha más²³.

Desde la teoría psicoanalítica es posible dar cuenta de los elementos que subyacen a las proposiciones de la Corte en las sentencias estudiadas. Para esta teoría, la ley es un texto que estatuye una lógica propia no accesible a cualquiera sino sólo a unos pocos (léase los abogados) que la interpretan. De allí se desprende que el texto siempre esté mediado por la interpretación²⁴. Si esto es cierto, difícil es que las personas crean en la ley sino es porque ésta encarna palabras tranquilizadoras que logran que el individuo cambie sus instintos, pasiones e intereses por el amor a la ley²⁵. Más aun, nadie obedecería al derecho sino es porque éste aparenta brindar protección; y aducir que el derecho es paz claramente trae como efecto obediencia y legitimación²⁶.

²³ Sobre la utilidad del miedo para la creación del Estado moderno en la teoría de Hobbes; para unir a la población; para que se formaran saberes tan diversos como la psicología, la criminología, la pedagogía y la clínica; para que el Estado se desplace cada vez más hacia parajes cercanos al totalitarismo con la aquiescencia de su población; para que nazcan sociedades disciplinarias, véase: GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. "El terrorismo: la utilidad del miedo". En: *Estudios Políticos No. 21*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre 2002, pp. 129-142. En relación con el miedo, también puede consultarse: VILLA MARTÍNEZ, Marta Inés (editora). *El miedo. Reflexiones sobre su dimensión social y cultural*. Medellín: Corporación Región, 2002.

²⁴ No por azar la consigna de la Reforma consistió en abrir el texto de la Biblia a la interpretación de cualquier persona y no reservar esta labor para los pontífices de la Iglesia. Tampoco es una casualidad que la lectura directa del texto de la Constitución no nos diga nada si no se hace a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

²⁵ Para Freud, antes de la génesis del derecho las personas gozaban de una libertad ilimitada, la cual el derecho redujo considerablemente. En palabras de Costas Douzinas, "[l]a libertad no es una gracia de la civilización y era mucho más grande, aunque irrealizable y poco práctica, antes de que interviniera el derecho". Cfr. DOUZINAS, Costas, Op. Cit., p. 361. La libertad que se ufana el derecho de concedernos se reduce a la misma libertad de la que gozaba Mr. Bones, el perro de Paul Auster en su novela *Timbuktu*, cuando estaba atado a un cable que le permitía moverse con "libertad" dentro de una zona determinada. Si todo esto es cierto, el derecho está obligado a entregarnos una inmensa tranquilidad a cambio de nuestra renuncia a la ilimitada libertad.

²⁶ Schmitt, retomando a Hobbes, arguye que "no hay subordinación ni jerarquía, no hay legitimidad ni legalidad racionales fuera del nexo de protección y obediencia. El *protego ergo obligo* es el *cogito ergo sum* del Estado, y una teoría del Estado que sostenga una ignorancia sistemática de este principio será siempre insuficiente y fragmentaria". Cfr. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político* (1932). Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 2009, p. 81.

Por tal razón, la aserción de Pierre Legendre según la cual *“la gran obra del Poder consiste en hacerse amar”*²⁷ es extraordinariamente pertinente. Añade este autor que *“[l]a realización de semejante prodigio ha supuesto siempre una ciencia particular que precisamente pone las bases de ese amor y disfraza por su texto la jugarreta de una pura y simple domesticación. En otras palabras, la Ley en cada sistema instituye su propia ciencia, un saber legítimo y magistral para asegurar a los sujetos la comunicación de las censuras y hacer prevalecer la opinión de los maestros”*²⁸.

Reconducir el orden, la paz y la justicia -palabras todas estas tranquilizadoras- al derecho y mantener la guerra como un estado de cosas ubicado en las antípodas del orden jurídico, abre las puertas para que las pasiones de la población sean reemplazadas por el amor a la ley y al Estado, habida cuenta de que todas estas palabras son utilizadas de una manera política a fin de producir ciertos efectos en el público. Idéntico fenómeno ocurre cuando se proclama una guerra en nombre de la humanidad, pregón que supone un uso político debido a que la humanidad concebida como todos no puede hacer la guerra ni tiene ningún enemigo²⁹.

En resumen, el propósito que he buscado en este acápite es, primero, exponer el fundamento teórico de la relación optimista y simétrica entre derecho, Estado y paz, al igual que mostrar que la modernidad ha encontrado en Hobbes el origen de esta relación, sin olvidar que este autor no excluye totalmente la guerra del Estado ya constituido; y segundo, exhibir algunas sentencias de la Corte Constitucional en las que se recurre a esta relación de simetría, para así enfrentarla, en lo que resta de este trabajo, con la idea que estima que el derecho produce guerras y que el derecho es, a la vez, un arma de guerra.

²⁷ LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático* (1974). Traducido por Marta Giacomino. Barcelona: Anagrama, 1979, p. 5.

²⁸ *Ibíd.*, p. 5.

²⁹ Cfr. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Op. Cit., p. 83.

Aunque el derecho como arma para hacer la guerra es un tema que ampliaré con algún detalle más adelante en esta investigación, por lo pronto me basta con puntualizar que el hecho de que la Corte Constitucional condense un tratamiento optimista frente al Estado y al derecho, no sólo es útil como vehículo para inspirar un sentimiento de tranquilidad en la comunidad, que finalmente conducirá a que la población crea y mantenga sus esperanzas en el Estado y que además le obedezca³⁰, sino que también es ventajoso de forma propagandística, como sea que divide automáticamente a la sociedad en dos bandos contrapuestos, a saber: un ellos, los enemigos bélicos a quienes les atribuye la barbarie y el salvajismo propios del estado de naturaleza de Hobbes; y un nosotros, el Estado para quien se reserva la civilización, el orden, la humanidad y la justicia³¹.

³⁰ De todas maneras es fundamental destacar que en las estructuras jerarquizadas la obediencia no está tan permeada por la racionalidad como frecuentemente se cree, sino que los sujetos a menudo obedecen ciegamente, irreflexivamente, sin pensar, aun cuando las órdenes que se les den entren en manifiesto conflicto con sus propias convicciones morales, como lo comprobó el psicólogo social Stanley Milgram con su experimento de los choques eléctricos. Esta constatación empírica condujo a Héctor Abad Faciolince a sugerir que “desobedecer, en este mundo de obedientes, puede llegar a ser una virtud, o mejor, la gran virtud”. Cfr. ABAD FACIOLINCE, Héctor. “En alabanza del ñero”. En: *El Espectador*. Bogotá: edición del 22 de agosto de 2010.

Hannah Arendt intuyó, asimismo, la irracionalidad característica de la obediencia al hallar que Adolf Eichmann no “constituía un caso de anormal odio hacia los judíos, ni un fanático antisemita, ni tampoco un fanático de cualquier otra doctrina. ‘Personalmente’ nunca tuvo nada contra los judíos, sino que, al contrario, le asistían muchas ‘razones de carácter privado’ para no odiarles”. Cfr. ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén* (1964). Traducción de Carlos Ribalta. Barcelona: Debolsillo, 2006, p. 46. Sin embargo, él era un burócrata, quería ser ascendido, felicitado, era un simple cumplidor de órdenes al amparo de las cuales cometió todo tipo de actos abominables en contra de los judíos durante el nazismo. “Su culpa provenía de la obediencia, y la obediencia es una virtud hartamente alabada”. Cfr. *Ibid.*, p. 361. “Lo más grave, en el caso de Eichmann, era que hubo precisamente muchos hombres como él, y que estos hombres no fueron perversos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales. Desde el punto de vista de nuestras intuiciones jurídicas y de nuestros criterios morales, esta normalidad resultaba mucho más terrorífica que todas las atrocidades juntas, por cuanto implicaba que este nuevo tipo de delincuente [...] comete sus delitos en circunstancias que casi le impiden saber o intuir que realiza actos de maldad”. Cfr. *Ibid.*, p. 402. Esto es lo que Arendt califica como la *banalidad del mal*.

³¹ Un ejemplo de la manera como la Corte Constitucional fractura a la sociedad se encuentra en esta aseveración suya: “la sociedad civil está inmersa en el conflicto, porque ella (es decir, todos sus miembros) es la víctima de quienes actúan por fuera de la ley, empleando la fuerza contra el derecho”. Cfr. Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero. Acá la Corte presupone además que la guerra es contra la sociedad civil y contra el derecho que son uno sólo, queriendo decir que quienes hacen la guerra son otros que ni siquiera merecen ser considerados como sociedad civil, cuando es claro que la democracia impide concebir a la sociedad civil como una unidad de criterio.

Por lo tanto, no es en vano que la mayor expresión de la bondad del Estado se manifieste en su facultad de perdonar y de aplicar, en términos de Legendre, el *“axioma de indulgencia [...] que formula como máxima general que el Poder es impecable y que la falta se organiza como noción abstracta, idealidad pura que define algún objeto dramatizado y que pasará de mano en mano hasta volver a la mano de la justicia, es decir al Maestro de la Ley”*³². Análogamente, Schmitt, un autor con una trayectoria que diverge de la de Legendre, puso de relieve que el Estado actúa bajo muchos disfraces, uno de los cuales es el antifaz de piadoso y misericordioso, el cual se manifiesta, por ejemplo, por medio de indultos, amnistías y asistencialismo social³³. Con este antecedente, ¿quién dudará en que el Estado y el derecho han plantado la paz y expulsado lejos de sí la brutalidad, la guerra, la violencia y la barbarie?

³² LEGENDRE, Pierre, Op. Cit., p. 42.

³³ Cfr. SCHMITT, Carl. “Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía” (1933). En: AGUILAR ORESTES, Héctor (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

3. Hacia el desmantelamiento de la modernidad: desde la Ilustración hasta Abu Ghraib

Los hitos de la modernidad parecen estar tan hondamente anclados y fundamentados en la cultura jurídica y política, parecen creencias tan fácilmente aceptadas y tan poco cuestionadas que se necesitaron casi dos siglos de pensamiento para ponerlos en tela de juicio, para hacer visible lo invisible, para despojar al derecho de las vestiduras que lo cubren y lograr que se nos revelara en su dimensión real; espinosa tarea que me propongo emprender en este apartado y que me valdrá de fundamento conceptual para sustentar más adelante la idea de que el derecho causa guerras y sirve como arma para luchar en esas guerras.

Ignacio Sotelo pone de relieve que entre la Antigüedad grecolatina y la modernidad europea, hay un período histórico que se conoce como la Edad Media, etapa de la cual brotan todos los elementos que posteriormente van a servir a la construcción de la modernidad ilustrada. La gran incidencia de la Edad Media en la modernidad se da gracias a la dispersión del poder político³⁴, fenómeno propio de la sociedad feudal y descrito como 'poliarquías' por Hegel³⁵; a

³⁴ En el Occidente medieval "conviven, por un lado una serie de reinos y principados escasamente cohesionados políticamente, integrados por feudos y ciudades. Los territorios feudales, eminentemente rurales, se hallan bajo el gobierno de señores, que imponen tributos y administran justicia, y que por encima de todo son guerreros, pero guerreros privados. Los reinos no son unidades de poder. La coerción pública carece de un único vértice, se encuentra dispersa en multitud de centros. El feudal, ante todo, se representa a sí mismo, no ejerce su poder a las órdenes y bajo el control genérico del rey. En la práctica el señor feudal es rey de sus siervos. El rey gobierna como un feudal sobre las tierras de realengo, es decir, sobre aquellas que le pertenecen patrimonialmente. Y es con ese patrimonio privado con el que respalda su derecho a la corona y sus pretensiones de influencia sobre el resto del reino, que dependen básicamente de sus relaciones personales con los nobles más poderosos". Cfr. DE GABRIEL, José Antonio. "La formación del Estado moderno". En: DEL ÁGUILA, Rafael (editor). *Manual de ciencia política*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 37.

³⁵ Este policentrismo no involucra un caos, como lo recuerda José Antonio de Gabriel, en tanto se generan unos mecanismos de coordinación. "En los reinos, desde finales del siglo XI, comienzan a proliferar organismos de representación estamental: Cortes, Parlamentos, Estados Generales, Dietas... en los que el rey se reúne con los burgueses de las ciudades, el alto clero y la nobleza. En estos foros se libran distintas batallas, pero la más característica es la batalla fiscal del rey con las ciudades. El rey necesita dinero para financiar sus campañas y para apuntalar su autoridad entre los feudales, y sólo las ciudades, florecientes

la distinción entre el poder papal y el poder imperial o también conocidos como el poder espiritual y el poder temporal; a la recuperación del derecho romano y en especial de las recopilaciones justinianas; al trabajo de la Escuela de Bolonia con sus glosadores y comentaristas del derecho romano; y, por último, al entierro, por parte de la Iglesia, de la razón lógica formulada en el seno de las ciencias por considerarla peligrosa para la fe.

La transición a la modernidad supuso la concepción de unificación y consolidación de un poder único que sometiera a la Iglesia y a los poderes feudales y que, en consecuencia, aglutinara el poder disperso en estos estamentos. De esta manera surge el Estado absoluto y con él la noción moderna de Estado, configurada de una manera monista, es decir que el poder está ahora concentrado y centralizado. Por otro lado, el Estado moderno trae nuevas relaciones económicas gracias al crecimiento de nuevos mercados, al auge de las ciudades, al advenimiento de la clase burguesa, lo cual, en suma, permite el nacimiento de un capitalismo incipiente y contribuye a la desaparición del feudalismo³⁶.

centros mercantiles y artesanales, están en condiciones de facilitárselo, naturalmente a cambio de algo. Se llega así al sistema de pactos entre el rey y las ciudades, el pactismo medieval: las ciudades aceptan votar tributos a cambio de *privilegios*, es decir, de derechos que benefician a sus actividades típicas y de garantías de libertad (entiéndase autonomía) política y de seguridad, tanto comercial como física. [...] [E]l rey, más que imponer tributos, los negocia” (cursivas tomadas del texto original). Cfr. *Ibid.*, p. 39.

³⁶ “El descubrimiento de América y la circunnavegación de África ofrecieron a la burguesía en ascenso un nuevo campo de actividad. Los mercados de las Indias y de China, la colonización de América, el intercambio con las colonias, la multiplicación de los medios de cambio y de las mercancías en general imprimieron al comercio, a la navegación y a la industria un impulso hasta entonces desconocido, y aceleraron, con ello, el desarrollo del elemento revolucionario de la sociedad feudal en descomposición.

“El antiguo modo de explotación feudal o gremial de la industria ya no podía satisfacer la demanda, que crecía con la apertura de nuevos mercados. Vino a ocupar su puesto la manufactura. La clase media industrial suplantó a los maestros de los gremios; la división del trabajo entre las diferentes corporaciones desapareció ante la división del trabajo en el seno del mismo taller.

“Pero los mercados crecían sin cesar; la demanda iba siempre en aumento. Ya no bastaba tampoco la manufactura. El vapor y la maquinaria revolucionaron entonces la producción industrial. La gran industria moderna sustituyó a la manufactura; el lugar de la clase media industrial vinieron a ocuparlo los industriales millonarios –jefes de verdaderos ejércitos industriales-, los burgueses modernos”. Cfr. MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. *Manifiesto del partido comunista* (1848). Bogotá: La Oveja Negra, 1972, p. 50.

El método científico y el consecuente resurgimiento de las ciencias también marcaron definitivamente el paso a la modernidad y, por contera, proveyeron de tecnología al capitalismo, dando lugar a un matrimonio indisoluble entre ciencia y burguesía³⁷ que a la postre, tras la Revolución Francesa, traería como consecuencia la aplicación del método científico en el ámbito del derecho.

La teoría del derecho, por cierto, no contaba con un método propio en tanto que la física sí. De esta manera, si el método científico brindaba neutralidad y objetividad, parecía más que conveniente que el derecho se apropiara de él y de hecho así ocurrió. Esta es la razón por la cual los juristas de la Ilustración, entre ellos Montesquieu y Beccaria, pensaban que el legislador era racional y que el juez simplemente era la boca que pronunciaba las palabras de la ley, a quien sólo le bastaba con aplicar el silogismo aristotélico para solucionar cualquier caso.

En efecto, varios autores dudaron de la aparente objetividad e imparcialidad del derecho, sospecharon de su pretendida racionalidad, acusaron su supuesta transparencia y aclararon el camino para que doctrinas tan influyentes como el realismo jurídico y los estudios críticos del derecho florecieran.

En este orden de ideas, los estructuralistas dieron cuenta de que todo hecho social es primero simbolizado, que el lenguaje es la matriz de todo conocimiento y que el uso lingüístico relativiza todos los conceptos. Desde luego esta manera de razonar apunta a una concepción convencionalista del lenguaje³⁸ que sugiere que éste es un artificio humano y que la relación entre las palabras y la realidad que

³⁷ Acerca del vínculo entre la burguesía y la ciencia, Marx y Engels establecen que "[l]a burguesía, con su dominio de clase, [...] ha creado fuerzas productivas más abundantes y más grandiosas que todas las generaciones pasadas juntas. El sometimiento de las fuerzas de la naturaleza, el empleo de la máquinas, la aplicación de la química a la industria y a la agricultura, la navegación de vapor, el ferrocarril, el telégrafo eléctrico, la adaptación para el cultivo de continentes enteros, la apertura de los ríos a la navegación, poblaciones enteras surgiendo por encanto, como si salieran de la tierra". Cfr. *Ibid.*, p. 57.

³⁸ Por cierto, la larga disputa entre el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo* ha girado en torno a diferentes perspectivas a propósito del lenguaje. El *iuspositivismo* defiende una concepción convencionalista del lenguaje en tanto que *iusnaturalismo* patrocina una concepción esencialista del mismo.

ellas designan no es necesaria sino contingente, lo que deriva en la imposibilidad epistemológica de alcanzar conocimientos objetivos.

La filosofía hermenéutica, por su parte, separó las ciencias sociales de las ciencias duras al constatar que en éstas el sujeto cognoscente está aislado del objeto, mientras que en aquéllas el sujeto hace parte del objeto que investiga: el sujeto es parte de la sociedad, tiene su mismo lenguaje, sus mismos valores ideológicos y demás, de modo que no se le puede exigir que sea objetivo en su estudio pues el sujeto está inexorablemente cargado de posiciones políticas, ideológicas, culturales y morales que van a constituir preconcepciones y que determinarán la manera de asimilar el objeto³⁹. Gadamer encontrará esta interacción entre sujeto y objeto en la contemplación del arte moderno, donde no existe distancia entre la audiencia y la obra, y explicará dicha experiencia con el arte a través del juego. *“[B]asta con mirar alguna vez, por ejemplo, al público de un partido de tenis por televisión. Es una pura contorsión de cuellos. Nadie puede evitar ese ‘jugar-con’. Me parece, por lo tanto, otro momento importante el hecho de que el juego sea un hacer comunicativo también en el sentido de que no conoce propiamente la distancia entre el que juega y el que mira el juego. El espectador es, claramente, algo más que un mero observador que contempla lo que ocurre ante él; en tanto que participa en el juego, es parte de él. [...] Uno de los impulsos fundamentales del arte moderno es el deseo de anular la distancia que media entre audiencia, consumidores o público y la obra”*⁴⁰.

Por otro lado, la deconstrucción posmoderna de Derrida enseñó que la construcción moderna privilegia un polo del conflicto o un polo del discurso. *“El resultado de esta práctica es la tiranía del orden conceptual existente que, gracias a que reclama estar fundado en la razón, parece natural, necesario. En contra de*

³⁹ A esta manera de conocimiento que no es unidireccional sino circular se le acuñó el nombre de círculo hermenéutico.

⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *La actualidad de lo bello. El arte como juego, símbolo y fiesta* (1977). Barcelona: Paidós Ibérica, 1996, p. 69.

*esta construcción moderna apunta la deconstrucción posmoderna, que sostiene la posibilidad de subvertir todas las jerarquías conceptuales a través de una crítica que muestra sus inconsistencias internas. Para llevar a cabo esta crítica, los deconstructivistas utilizan [...] la inversión de las jerarquías para mostrar la contingencia del orden establecido por éstas y la posibilidad de privilegiar el polo que hasta ahora ha sido subyugado. Sin embargo, la exploración de esta posibilidad no tiene como fin la creación de una nueva jerarquía, sino la desestabilización de la anterior y la demostración del carácter relativo de todas las construcciones de la razón*⁴¹. De esta manera, la deconstrucción involucra la búsqueda de la hegemonía en los textos para así liberar el significante de los significados.

Schmitt fue concluyente en afirmar que las normas jurídicas no tienen un valor en sí mismas, que no se aplican por sí mismas, que su contenido no es autoevidente, sino que ellas son una suerte de títere que es manipulado por ciertos hombres, así que *“el dueño del auténtico poder también está en situación de establecer por sí mismo la definición de los conceptos y los términos. Caesar dominus et supra grammaticam: el emperador también reina sobre la gramática*⁴².

Sumado a lo anterior, el psicoanálisis reconoce que el derecho es la racionalización de los conflictos, es decir que los conflictos son traducidos al lenguaje del derecho, a su semiótica. Semejante situación deriva en el hecho de que *“lo simbólico se sitúa para simular el verdadero conflicto que ya no está allá*⁴³. El conflicto es, entonces, reducido a la decisión de quienes dominan con autoridad

⁴¹ RODRÍGUEZ, César. “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial”. En: KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial* (1986). Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre, 2005, p. 51.

⁴² SCHMITT, Carl. “Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: El imperialismo moderno en el derecho internacional público” (1932). En: AGUILAR ORESTES, Héctor (prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. Op. Cit., p. 112.

⁴³ LEGENDRE, Pierre, Op. Cit., p. 21.

el lenguaje jurídico y, para ello, el conflicto se traduce a la lógica del jurista, quien *“procede a una liturgia reglada, con todos los de su séquito, para sellar la verdad. Se trata, pues, de observar un dictado teatral, la jugarreta para ordenar las únicas preguntas lícitas, y esa escena que se nos muestra: los maestros de la Ley, víctimas de su lógica”*⁴⁴.

Esta misma perspectiva llevó a Foucault a sentenciar que *“[n]o hay ejercicio del poder sin cierta economía de los discursos de verdad que funcionan en, a partir y a través de ese poder. El poder nos somete a la producción de la verdad y sólo podemos ejercer el poder por la producción de la verdad. Eso es válido en cualquier sociedad, pero creo que en la nuestra esa relación entre poder, derecho y verdad se organiza de una manera muy particular. [...] El poder no cesa de cuestionar, de cuestionarnos; no cesa de investigar, de registrar; institucionaliza la búsqueda de la verdad, la profesionaliza, la recompensa. Tenemos que producir la verdad del mismo modo que, al fin y al cabo, tenemos que producir riquezas, y tenemos que producir una para poder producir las otras. Y por otro lado, estamos igualmente sometidos a la verdad, en el sentido de que ésta es la ley; el que decide al menos en parte, es el discurso verdadero; él mismo vehiculiza, propulsa efectos de poder. Después de todo, somos juzgados, condenados, clasificados, obligados a cumplir tareas, destinados a cierta manera de vivir a cierta manera de morir, en función de discursos verdaderos que llevan consigo efectos específicos de poder. Por lo tanto: reglas de derecho, mecanismos de poder, efectos de verdad”*⁴⁵. En otras palabras, el derecho censura la opinión de los sujetos y hace prevalecer la opinión de los expertos que interpretan el texto⁴⁶. Es por ello que

⁴⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 34.

⁴⁶ El dominio del derecho sólo por unos cuantos obedece al rito de iniciación expuesto por la filosofía de las ciencias propuesta por Kuhn. La comunidad jurídica maneja un lenguaje técnico y el rito de iniciación se da en las universidades cuando se enseña dicho lenguaje ininteligible para quienes no son abogados. Es este lenguaje el que apoya la hegemonía del derecho, toda vez que arrebató textos políticos y los tecnifica, como sucede con la Constitución, ya que ella nace como un documento político pero la Corte Constitucional la toma

resulta cuestionable aquella romántica idea de las revoluciones burguesas consistente en la liberación del hombre⁴⁷: no se le libera, por el contrario, se le censura y se le somete a la interpretación de unos cuantos en un sistema que se precia de ser democrático.

Si a ello se agrega que el derecho es el cambio de los deseos, los instintos y las pasiones por el amor a la ley⁴⁸, entonces el derecho nos entrega palabras tranquilizadoras a fin de lograr legitimación y asegurar nuestra obediencia⁴⁹.

Para esclarecer esta idea freudiana del derecho, piénsese en la democracia electoral o democracia formal y que dijéramos algo así como: ‘Colombia es uno de los países más violentos, más corruptos y más desiguales del mundo... pero no se preocupe, no se angustie... quédese tranquilo que en cuatro años puede ir a votar’. Análogamente, el derecho penal se erige como una palabra tranquilizadora. Por esta razón es que *“el excomulgador no se dirige al delincuente, sino a los*

y la reescribe en su lenguaje técnico, haciéndola inaccesible para quien no ha hecho parte del rito de iniciación.

El escritor irlandés Jonathan Swift, en su célebre novela *Los Viajes de Gulliver*, satíricamente narra esta condición de los abogados: “Ha de observarse, asimismo, que esa asociación posee una jerga peculiar que ninguno de los demás mortales puede entender, y en ella están escritas todas las leyes, que ellos ponen especial cuidado en multiplicar, de manera que han acabado confundiendo la misma esencia de lo verdadero y lo falso, de lo justo y lo injusto, hasta el punto que les llevaría treinta años decidir si el campo que me han dejado mis antecesores de seis generaciones me pertenece o pertenece a un extraño que vive a trescientas millas de distancia”. Cfr. SWIFT, Jonathan. *Los viajes de Gulliver* (1726). Traducción de Agustí Bartra. México: Editorial Cumbre, 1972, p. 256.

⁴⁷ La gran promesa de la Ilustración fue la emancipación. Así, el iluminismo definido por Kant es la salida del hombre de la minoría de edad y para Rousseau la libertad es obedecer las leyes que uno mismo se ha dado.

⁴⁸ “Ha comenzado [la sociedad] por formularse un ideal de alta moralidad, siendo la moralidad la represión de los instintos, y ha exigido de todos sus miembros que realicen ese ideal, sin preocuparse por lo que esta obediencia puede costar a los individuos. Pero no es lo bastante rica, ni está bastante organizada para poder ofrecerles una indemnización proporcional a su renuncia”. Cfr. FREUD, Sigmund. Citado por LEGENDRE, Pierre, Op. Cit., p. 22. En este mismo sentido, Legendre asevera que “[l]a ley, pues, hay que tomarla a la letra de sus símbolos y según su función en la gran obra institucional, que trabaja para escamotear o reducir el deseo. [...] El trabajo del jurista [...] es exactamente *el arte de inventar las palabras tranquilizadoras, de indicar el objeto de amor en el que la política ubica el prestigio, y de manipular las amenazas primordiales*” (cursivas tomadas del texto original). Cfr. *Ibíd.*, p. 25.

⁴⁹ Por lo demás, es interesante notar que la tesis del efecto simbólico del derecho, defendida en la literatura jurídica nacional por Mauricio García Villegas, puede encontrar su fuente en esta concepción freudiana del derecho. Cfr. GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

otros, y su discurso regulado, reglamentado en la parte del Derecho concerniente al proceso, declara la inocencia de todos por la institución que prodiga el perdón”⁵⁰ (recuérdese el planteamiento que exponen los avaladores de la doctrina de la prevención general positiva⁵¹). Para terminar con las ilustraciones, la acción de tutela también es un mecanismo tranquilizador: ‘en Colombia hay violación masiva, sistemática y generalizada de derechos humanos... pero no importa... el día que tenga un problema ahí tiene su acción de tutela... cambie el horror que le puede generar el irrespeto constante a los derechos fundamentales por el amor a la ley, por el amor a la acción de tutela’. Así, llego a la conclusión a la que han llegado muchos clásicos de la talla de Hans Kelsen, según la cual el derecho no es un fin en sí mismo sino un medio para lograr un fin: legitimar el poder⁵².

Pero se puede dar otro paso. Marx resalta que la historia la han escrito unos, los que dominan. Para llegar a esta conclusión, el filósofo alemán recogió el concepto hegeliano de dialéctica, el cual hace relación a los contrarios (día-noche, oscuro-claro, rico-pobre, explotador-explotado, burguesía-proletariado), sólo que lo deslindó del idealismo propio de la filosofía de Hegel y lo utilizó en una teoría materialista que derivó en el llamado materialismo histórico. Stalin definió el materialismo histórico en una pequeña obra suya como *“la aplicación de los principios del materialismo dialéctico al estudio de la vida social, la aplicación de los principios del materialismo dialéctico a los fenómenos de la vida de la sociedad, al estudio de ésta y de su historia”*⁵³.

⁵⁰ LEGENDRE, Pierre, Op. Cit., p. 42.

⁵¹ Para la hipótesis de la prevención general positiva, la imposición de una pena reafirma la efectividad de las amenazas estatales, reafirma la vigencia de la norma penal y envía a la comunidad el mensaje de que el derecho ciertamente rige en la sociedad. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Primera edición. Buenos Aires: Ediar, 2005.

⁵² “No existe ningún instrumento legal que no tenga un propósito extralegal, porque el Derecho, desde un punto de vista teleológico, es siempre un medio, no un fin”. Cfr. KELSEN, Hans. “Ciencia y política” (1951). En: KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel S.A., 1991, p. 279.

⁵³ STALIN, José. *Sobre el materialismo dialéctico y el materialismo histórico* (1938). Medellín: Ediciones Nueva Crítica, p. 5.

En forma tal, la historia es la historia de la lucha de clases y, a su vez, las instituciones son el reflejo de la realidad, del contexto, del materialismo. De lo anterior se sigue que el Estado y el derecho sean los productos más elaborados del capitalismo, detrás de los cuales se ocultan los intereses de la burguesía, clase que *“conquistó finalmente la hegemonía exclusiva del Poder político en el Estado representativo moderno. El gobierno del Estado moderno no es más que una junta que administra los negocios comunes de toda la clase burguesa”*⁵⁴.

A mi juicio, Lenin, el padre de la revolución rusa de 1917, acierta al describir lo que el Estado y, por contera, el derecho representan: *“el Estado es un órgano de dominación de clase, un órgano de opresión de una clase por otra, es la creación del ‘orden’ que legaliza y afianza esta opresión, amortiguando los choques entre las clases”*⁵⁵.

Todas estas posturas reseñadas fueron tierra fértil para que otros autores, en un nivel diferente, supongo, contribuyeran a poner en evidencia a la modernidad. Estoy pensando en el aporte del profesor Duncan Kennedy⁵⁶, quien magistralmente probó que los jueces tienen un gran marco de libertad para decidir los casos que se les presentan y para lograr la sentencia-a-la-que-yo-quiero-llegar⁵⁷, tesis que el Legislador procesal penal colombiano, sea dicho de paso,

⁵⁴ MARX, Karl y ENGELS, Friedrich, Op. Cit., p. 52.

⁵⁵ LENIN, Vladimir Ilich. *El Estado y la revolución* (1918). Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1974, p. 8.

⁵⁶ Cfr. KENNEDY, Duncan, Op. Cit.

⁵⁷ La obra de Kennedy, aunque es una de las piezas más importantes en la bibliografía existente sobre interpretación jurídica, olvida el problema de la justicia colapsada, factor que reduce significativamente la libertad interpretativa del juez, ya que la premura que se exige para proferir fallos impide un análisis concienzudo y detallado de los casos, generando un mayor apego al precedente sin que medie reflexión crítica alguna sobre él. Igualmente, la amenaza de sanciones y el deber de cumplir metas cuantitativas, produce una estandarización de las sentencias que las asemeja a una suerte de formato. Más aun, el sistema de elección por cooptación que opera en algunas altas cortes trunca de alguna manera la libertad interpretativa de los jueces funcionalmente inferiores y, consecuentemente, petrifica la jurisprudencia, como fuere que el deseo de ser eventualmente nombrados en uno de los puestos que se eligen por cooptación los obliga a no cuestionar el paradigma y a compartir los criterios que componen el precedente confeccionado por

corroboró en la Ley 906 de 2004 que ordena a los jueces penales anunciar el sentido del fallo en una audiencia y después, en una audiencia posterior, presentar la motivación del fallo. Asimismo, pienso en Ferdinand Lasalle⁵⁸, autor que descrea de la Constitución entendida en un sentido formal (él la llamará Constitución escrita), puesto que la Constitución real es aquella que construyen los factores efectivos de poder imperantes en una sociedad determinada. Parafraseando a este pensador, allí donde la Constitución real no coincide con la escrita, ésta termina por sucumbir ante aquélla.

Hasta acá el lector podría suponer que los tratadistas de la Ilustración nunca pensaron en todo lo que podría encarnar el derecho y que, por consiguiente, su inocultable inclinación por la objetividad no fue más que un error de buena fe. Esto, sin embargo, está lejos de la realidad.

La doctrina que del derecho profesan estos autores corresponde al *iusnaturalismo* racionalista, opinión que aboga por un derecho que ya está dado, que es universal, perenne, inmutable, derecho al que alude Antígona cuando Creonte le prohíbe rendirle honores fúnebres a su hermano⁵⁹. El *quid* del asunto consiste en definir qué es ese derecho natural porque si tal cosa es autoevidente entonces a los individuos sólo les resta descubrirlo o reconocerlo, actividad que de suyo

quienes eligen. Al efecto, podemos retornar a Swift: “Es máxima entre estos abogados que cualquier cosa que se haya hecho antes puede volver a hacerse legalmente, y, por lo tanto, tienen un especial cuidado en guardar memoria de todas las decisiones anteriormente acordadas contra la justicia común y contra la razón general de la Humanidad. Tales decisiones se conocen con el nombre de precedentes y son esgrimidas por ellos como autoridades para justificar las más inicuas opiniones y los jueces nunca dejan de fallar con ellas”. Cfr. SWIFT, Jonathan, Op. Cit., p. 255.

⁵⁸ Cfr. LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* (1862). Bogotá: Panamericana, 2004.

⁵⁹ “Y yo no he creído –le dice Antígona a Creonte– que tu decreto tuviese fuerza suficiente para dar a un ser mortal poder para despreciar las leyes divinas, no escritas, inmortales. Su existencia no es de hoy ni de ayer sino de siempre, y nadie sabe cuándo aparecieron”. Cfr. SÓFOCLES. *Antígona*. Bogotá: Panamericana, 2003, p. 118.

excluye cualquier tipo de subjetivismo y de poder de decisión⁶⁰. Pero si esto fuera así, todos necesariamente coincidiríamos al señalar lo que es derecho natural y no existirían discrepancias de este estilo: la propiedad es derecho natural (Locke) y su abolición es también derecho natural (Rousseau)⁶¹. En efecto, estos pensadores sabían muy bien que detrás del derecho hay poder, poder exteriorizado en la determinación de lo que es derecho natural⁶².

En fin, quienes abogaban por la objetividad, neutralidad, racionalidad y transparencia del derecho⁶³ jamás imaginaron que tan sólo un siglo después el

⁶⁰ Hasta acá es posible rastrear el origen de la escuela de la exégesis fundada por el *iusnaturalismo* racionalista, la cual subraya que la interpretación es una actividad cognoscitiva, es decir que consiste en descubrir significados preexistentes y no en actos de voluntad.

⁶¹ Bobbio recoge este otro ejemplo: “durante mucho tiempo existió entre los iusnaturalistas una viva polémica sobre cuál de las tres soluciones posibles relativas a la sucesión de bienes —el retorno a la comunidad, la transmisión familiar de padre a hijo, o la libre disposición por parte del propietario— era más natural (y por tanto se la debía preferir en un sistema que aceptaba como justo todo lo que estaba fundado en la naturaleza). Ya podían disputar toda una eternidad: las tres soluciones, en efecto, eran conformes a la naturaleza del hombre, según se lo considerase como miembro de una comunidad, de la que en última instancia depende su vida, como padre de familia, inclinado por un instinto natural a la continuación de la especie, o como persona libre y autónoma, que es la única responsable de las propias acciones y de los propios bienes”. Cfr. BOBBIO, Norberto. “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”. En: BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1992, p. 119.

⁶² Carl Schmitt subrayó que “[p]ara un político será entonces evidente que el ‘gobierno’ o la ‘soberanía’ de esta clase de derecho [el derecho natural] significa gobierno o soberanía de los hombres que pueden apelar al derecho superior y decidir sobre cuál es su contenido, y sobre quién y cómo tiene que aplicarlo”. Cfr. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Op. Cit., p. 95.

⁶³ No quiero pasar por alto un asunto importante, y es que la racionalidad y objetividad del derecho no son productos exclusivos de aquella teoría jurídica francesa de la Revolución y de la posrevolución conocida como *legiscentrismo*, teoría que confiaba en la racionalidad del legislador y en la capacidad del lenguaje para ser claro, preciso y transparente, atributos que no dejaban espacio para ninguna labor interpretativa. Así, los alemanes del siglo XIX, quienes “vieron que la interpretación del derecho era una actividad permanente, y no excepcional (como pensó la cultura ilustrada francesa)”, crearon métodos interpretativos con la pretensión de hacer, no ya de las normas jurídicas sino de su interpretación, un trabajo objetivo, neutral y racional. Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *La letra y el espíritu de la ley. Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 2. No obstante, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, “[l]os nuevos autores de teoría del derecho siguieron reconociendo que el derecho era lingüísticamente complejo, pero, a diferencia de sus predecesores, pensaron que la elaboración de discursos de ‘metodología de la interpretación’ era finalmente un esfuerzo fútil. Los métodos no eran tales y no podían, en realidad, restringir de manera significativa las opciones valorativas y políticas que los intérpretes tenían bajo su marco. El discurso metodológico era, por tanto, pseudo-científico y era mejor abandonarlo a su suerte”. Cfr. *Ibid.*, p. 4. De allí que Hart y Kelsen terminaran explicando la labor interpretativa del juez, no a través de métodos de interpretación, sino con la idea de la discrecionalidad judicial y que, en el extremo, los realistas con su escepticismo frente a las normas señalaran que el derecho son las profecías acerca del sentido en que los jueces fallarán los casos.

marxismo, el estructuralismo, la filosofía hermenéutica y demás le arrebatarían al derecho todos estos adjetivos. Aquellos liberales del siglo XVIII, héroes de las revoluciones burguesas y creadores de las instituciones máspreciadas del constitucionalismo, quienes confiaban en que los derechos naturales fungirían de escudo que garantizaría a cada individuo un espacio de libertad ante la invasión exuberante, agobiante e ilimitada del absolutismo en casi todos los espacios vitales, nunca temieron que su convincente discurso de los derechos sería descubierto. De esta manera pues, los dogmas de la humanidad occidental se deshacen y confirman que la modernidad es un proceso ambiguo: hoy nadie puede negar razonablemente que la invención de las vacunas, que la resolución de los conflictos intersubjetivos de intereses por parte de un tercero imparcial, que la creación de los derechos humanos, etc. son un gran avance de la humanidad, pero que al mismo tiempo la mitificación del Estado-nación que exalta el nacionalismo basado en la raza condujo a Auschwitz⁶⁴; que la razón y la ciencia también produjeron las bombas atómicas de Hiroshima y Nagasaki; que la democracia popular apoyó regímenes como el Nacionalsocialista y que la obsesión por la implementación de la democracia y los derechos humanos en países ajenos a esa tradición occidental desencadenó en Abu Ghraib.

Siguiendo esta misma lógica, el poeta colombiano William Ospina escribió que *“[e]sa fuerza magnánima nos lleva en sus aviones al otro extremo del mundo [...], pero también arroja bombas sobre ciudades con escuelas y hospitales; esa fuerza nos embriaga con sus espectáculos, pero también nos envenena con sus pesticidas; nos halaga con su publicidad opulenta y tentadora, pero sabe encadenarnos a sus casinos y a su consumo desaforado, a la vez que nos asfixia*

No obstante, aún hoy es posible encontrar autores como Robert Alexy que intentan imprimirle cierta objetividad a la interpretación y aplicación del derecho a través de métodos matematizados como el *test* de proporcionalidad, que en realidad están muy lejos de la neutralidad y sólo son buenos argumentos para esconder puro y simple decisionismo y para dotar de legitimidad a las decisiones judiciales.

⁶⁴ El sociólogo Zygmunt Bauman examina el Holocausto no como una falla o patología de la modernidad sino como uno de sus productos. Así, el Holocausto representa para este autor una consecuencia de la burocracia, de la ciencia y de la división del trabajo. Cfr. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad y holocausto* (1989). Tercera edición. Madrid: Ediciones Sequitur, 2006.

*en su smog; lleva a nuestros hogares productos estupendos [...], pero hace avanzar eficientemente los basureros planetarios, llenos de empaques innecesarios, de la peste de las bolsas plásticas, de esas cosas que hoy son la moda y mañana la escoria; ilumina en la noche hogares y fuentes, comercios y parques con la energía de sus centrales atómicas, pero también destila sus aguas radioactivas hacia la sima sin testigos de la fosa oceánica*⁶⁵.

No quisiera cerrar este capítulo sin antes citar un fragmento de un texto del profesor Ricardo Sanín Restrepo que resume, creo, lo que es el derecho una vez ha sido objeto de la demoledora crítica de los autores que he presentado acá: *“[a]hora, lo retórico no surge exclusivamente de las sustituciones figurativas, sino también de un nombrar retroactivo del significante, es el caso de lo que un puritano siente cuando oye My way ya no cantado por Frank Sinatra, sino por el cantante del grupo de Punk inglés The sex pistols, Sid Vicious, a pesar de que la letra de la canción es idéntica en un caso y el otro, en el primer caso el puritano sorbe un trago de cidra de manzana en el segundo lo escupe con repugnancia, aquí lo que ha habido es una deconstrucción de lo simbólico, a partir de una retención del lenguaje, lo que demuestra que toda lucha por el poder es una lucha por el lenguaje, y que el lenguaje político no existe sin retórica*⁶⁶.

⁶⁵ OSPINA, William. “Lo que asusta al filósofo”. En: *El Espectador*. Bogotá: edición del 24 de abril de 2011.

⁶⁶ SANÍN RESTREPO, Ricardo. *Monstruo- city. La puerta de Tannhauser*. Texto inédito.

4. Érase una vez el amor pero tuve que matarlo⁶⁷

El desmembramiento del que fue objeto la modernidad reveló todos los elementos odiosos que componen el derecho, institución que muchos precisan noble y que suelen comparar con 'la justicia'⁶⁸. Pero ello no basta. En esta sección me dedicaré a examinar al derecho desde la perspectiva de Ares⁶⁹: ser que crea, mantiene y reproduce la guerra, para así demostrar que esta última no es incompatible con el derecho, como lo piensan la modernidad y la Corte Constitucional, de acuerdo a las diferentes sentencias que fueron analizadas en la segunda sección de esta reflexión.

En primer lugar, es de notar que el problema central de la teoría del derecho y de la filosofía del derecho consiste en descifrar qué es ese conjunto normativo al que llamamos derecho y diferenciarlo de otras instituciones reguladoras de la conducta humana como la moral, la religión y los usos sociales. Pese a que este problema ha recibido múltiples respuestas dependiendo del teórico que se consulte, parece haber un consenso generalizado entre *iuspositivistas*, *iusnaturalistas* y realistas en que la fuerza es un rasgo característico del derecho. Lo que me interesa destacar ahora es que la fuerza de la que está investido el derecho trae aparejada la violencia, dado que el uso de la fuerza presupone actuar en contra de la voluntad de aquel contra quien se despliega, pero debido a que esta fuerza es legal, es decir que se ejerce de acuerdo a los parámetros del derecho, se le suele denotar,

⁶⁷ El nombre de este capítulo lo tomo de la novela del escritor colombiano Efraim Medina Reyes titulada de igual manera.

⁶⁸ Probablemente el Constituyente de 1991 comprendió que el derecho no siempre coincide con la justicia y, en congruencia, permite que los árbitros en ocasiones no decidan los casos en derecho sino en equidad (art. 116 de la Constitución Nacional).

⁶⁹ Dios que en la mitología griega antigua simbolizaba la guerra y era la personificación de la fuerza bruta y de la violencia.

tal vez eufemísticamente, con el nombre de coerción o de coercibilidad⁷⁰. En otras palabras, *“[l]a presencia omnipotente del Leviatán no hace desaparecer la guerra y la violencia, las estataliza, les pone límites, las domestica y las sitúa en las fronteras geográficas del Estado o en sus límites político culturales e ideológicos; lo que no se enmarque allí, queda en situación de exterioridad o liminalidad”*⁷¹.

Robert Cover coincide en subrayar que el derecho envuelve violencia e indica que *“[l]a interpretación legal tiene lugar en un campo de dolor y muerte. Esto es verdad en varios sentidos. Los actos de interpretación legal señalan y ocasionan la imposición de violencia sobre otros: un juez articula su entendimiento de un texto y, como resultado, alguien pierde su libertad, su propiedad, sus hijos, hasta su vida. Las interpretaciones del derecho también constituyen justificaciones para la violencia que ya ha ocurrido o que está a punto de ocurrir. Cuando los intérpretes han culminado su trabajo, frecuentemente dejan detrás víctimas cuyas vidas han sido destrozadas por estas prácticas sociales organizadas de violencia. Ni la interpretación legal ni la violencia que ella ocasiona pueden ser entendidas correctamente separadas la una de la otra”*⁷².

Asociado a lo anterior, yo creo con Kelsen que si se parte de la premisa de que el derecho es violento, no es posible concluir que el derecho significa el logro de la paz social, puesto que *“[l]a paz es una situación en la que no se usa la fuerza. En el sentido del término, el Derecho sólo proporciona una paz relativa, no absoluta, ya que priva al individuo del derecho de utilizar la fuerza pero reserva este derecho a la comunidad”*⁷³. De allí que, más adelante en el mismo texto, Kelsen observe con gran lucidez que *“[e]l derecho es un orden según el cual el uso de la*

⁷⁰ Cfr. VÁSQUEZ CÁRDENAS, Ana Victoria, Op. Cit.

⁷¹ URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa, Op. Cit., p. 12.

⁷² COVER, Robert. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial* (1993). Traducción de Christian Courtis. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002, p. 113.

⁷³ KELSEN, Hans. “El Derecho como técnica social específica” (1941). En: KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Op. Cit., p. 160.

*fuerza queda prohibido únicamente como delito, es decir, como condición, pero está permitido como sanción, es decir como consecuencia*⁷⁴.

Es aquí donde encuentro problemático sostener que el derecho representa la paz, ya que para justificar tal hipótesis habría que sustraer la fuerza del derecho, generándose entonces una gran dificultad epistemológica para distinguir entre derecho y moral. Con un ingrediente adicional, y es que en un estado de paz absoluta, ilusión imaginada por la modernidad, el derecho no va a ser necesario. Donde el conflicto y la desviación están ausentes el derecho también lo está en razón de que perdió su función social primordial⁷⁵. De suerte que un Estado que admite que el derecho no tolera la guerra y que el derecho es un modelo construido sobre la base de la paz, está anunciando implícitamente su propia muerte.

Teniendo claro entonces que el derecho, cualquiera que sea, es violento, el terreno está preparado para evaluar, primero, la tesis de que el derecho genera guerras, pues difícil resulta imaginar que alguien razonablemente se armará para librar una guerra en contra de una institución pacífica e inerte, y, segundo, la

⁷⁴ *Ibíd.*, p.161.

⁷⁵ El Magistrado Ciro Angarita Barón, con envidiable claridad expositiva, expresa esta misma idea en el salvamento de voto a la sentencia C-031 de 1993: “Además desde un punto de vista jurídico, y la Corte no puede tener otro diferente, la violación de las normas por parte de los ciudadanos o de los funcionarios públicos, en lugar de invalidar su existencia, la justifican; las desviaciones a los mandatos normativos representan una razón para la justificación de la norma, no un criterio para abandonarla. Sólo en casos extremos, como el de la ineficacia total, o el de la imposibilidad total de desviación, las normas jurídicas no tienen sentido; en los demás casos, la ineficacia parcial debe ser considerada como un elemento en favor del fortalecimiento de la norma. Por eso, jurídicamente es tan absurdo decir que la violencia armada es incompatible con el régimen constitucional, como decir que el homicidio es incompatible con el derecho penal.

“Pero semejante interpretación parece tan descabellada y sus consecuencias parecen tan contradictorias con la función misma de la Corte Constitucional, que no queda otra solución que interpretar de manera diferente aquello que se deduce del sentido más espontáneo y directo de los enunciados de la sentencia. La supuesta incompatibilidad de la cual se habla, debe interpretarse no en un sentido asertivo, tal como se encuentra expresado, sino en un sentido condicional: así las cosas, lo que querría decir la sentencia es que los conflictos armados que vive el país son de tal gravedad que de continuar, terminaría destruyendo el régimen constitucional. Sólo de esta manera tendría sentido seguir pensando en términos constitucionales y, por lo tanto tendría sentido este salvamento de voto” (subrayas tomadas del texto original). Cfr. Salvamento de voto del Magistrado Ciro Angarita Barón a la sentencia C-031 de 1993.

tesis que apoya que el derecho está al servicio del Estado a modo de arma de guerra.

Las causas de fenómenos como el hambre o la pobreza son variadas, pero entre ellas, sin duda, también se cuenta el derecho en la manera como regula los contratos, la propiedad, los impuestos, los derechos sociales y demás. Supóngase el siguiente ejemplo: un desplazado compra una vivienda en el morro de Moravia y, después de cumplir con el tiempo determinado por la ley para poder usucapir, aparece un sujeto alegando ser el verdadero dueño de ese inmueble y el supuesto vendedor se declara como un urbanizador pirata. La solución jurídica de este caso sería declarar la pertenencia a favor del desplazado en virtud de la figura de la prescripción adquisitiva sin reparo alguno en que esta solución lo que hace es agravar un problema social, ya que el morro de Moravia no es apto para constituir un asentamiento humano. Así las cosas, la solución que parecería beneficiar al desplazado a lo que en realidad contribuye es a exponer su salud y su vida a causa del hecho de verse avocado a habitar una vivienda ubicada sobre un montaña de basura que otrora fuera el relleno sanitario de la ciudad de Medellín.

Más aún, ¿cómo negar que el derecho sea una causa de la guerra cuando el mismo Estado produce desplazamientos de población bajo el amparo del derecho?⁷⁶

En este mismo orden de ideas, no es extraño que el derecho, en cierto sentido, ignore a muchas capas de la población o reprima a otras haciendo uso de su

⁷⁶ Me refiero al desplazamiento institucional promovido por la Corte Constitucional en la sentencia T-227 de 1997: “Pero en circunstancias particularmente complicadas, como es el caso de la violencia en Colombia, la posición no puede ser de todo o nada, sino que el propio Estado puede efectuar una COMPETENCIA DE PRONOSTICO (sic) para ponderar cuándo y hasta donde (sic) puede dar el Estado una protección real y no teórica. Por supuesto que el Estado está obligado a hacer todo lo posible para proteger la vida de los asociados, pero, también, puede ponderar si la mejor manera de protección consiste en favorecer un desplazamiento. Si el grado de intolerancia es alto y el peligro para la vida de los asociados es inminente, es justo que el pronóstico incluya la opción del desplazamiento protegido, máxime cuando el Estado debe ‘adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados’ (art. 13-2 C.P.)” (mayúsculas tomadas del texto original). Cfr. Sentencia T-227 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

propio lenguaje jurídico. Digo en cierto sentido para evitar la falsa imagen de que existe un afuera y un adentro del derecho, cuando en realidad sus tentáculos alcanzan a todas las personas, tentáculos de los que nadie escapa. En este sentido, observó Foucault con extraordinaria claridad que “[l]a ley, soberanamente asedia las ciudades, las instituciones, las conductas y los gestos; se haga lo que se haga, por grandes que sean el desorden y la incuria, ella ya ha desplegado sus poderes. [...] Uno puede llegar a creer que se ha desatendido de ella, que observa desde fuera su aplicación; en el momento en que se cree estar leyendo de lejos los secretos válidos sólo para los demás, uno no puede estar más cerca de la ley”⁷⁷.

No obstante esta presencia constante y agobiante del derecho, muchas capas de la población han sido excluidas de sus privilegios o de algo así como el lado bueno del derecho⁷⁸, sin significar esto un destierro a los extramuros de la ley. Como consecuencia, estas personas han combatido durante toda la historia de la humanidad por ser sujetos de esa cara amable del derecho⁷⁹; de manera violenta en no pocos casos, de forma pacífica en otros, haciendo uso de los canales que el mismo derecho prevé o en ocasiones recurriendo a las vías de hecho. En efecto, hay quienes se arman para combatir ese derecho que se les antoja injusto.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *El pensamiento del afuera* (1966). Traducido por Manuel Arranz. Tercera edición. Valencia: Pretextos, 1993, p. 44.

⁷⁸ Conviene anotar que la expresión “el lado bueno del derecho” es relativa dado que entre los autores no hay unanimidad sobre dicha faceta del derecho. Para teóricos liberales clásicos, exaltadores del Estado mínimo que sólo brinda seguridad, administra justicia y construye carreteras, como lo son Nozick y Adam Smith, un tal lado bueno del derecho, compuesto por un eficiente sistema de seguridad social, por un Estado que acoge a los desvalidos en vez de abandonarlos a su propia suerte, por unos derechos laborales que son efectivamente realizados en la ejecución de los contratos de trabajo, etc., constituye una aberración en términos de deterioro de la autonomía personal.

⁷⁹ En una conferencia sobre presidencialismos en América Latina llevada a cabo en la Universidad EAFIT en el año 2009, el profesor Mario Montoya Brand sugirió que las Constituciones suelen estar fragmentadas, jerarquizadas y estratificadas, es decir que a ciertas capas de la población les llegan unos contenidos que a otras no les llegan. Mientras que a algunos individuos les llega la Constitución buena, los valores, los derechos y demás, a otros los toca la extradición, el derecho penal, los estados de excepción, etc. Es decir que de una u otra manera, en mayor o menor medida, todas las personas se las tienen que ver con el derecho. De no ser así, Nelson Mandela, un negro excluido de los beneficios del derecho a causa del *apartheid*, no hubiese tenido que permanecer en la cárcel durante 27 años.

De esta forma, los excluidos o quienes se consideran sus voceros han luchado por lograr una posición más cómoda con respecto al derecho. Dicha posición se puede manifestar en dos sentidos: el primero, siendo reconocidos como sujetos titulares de derechos, como es el caso histórico de los negros, los desposeídos, las mujeres y, como sucede actualmente en Colombia, con los homosexuales y las prostitutas y, en otras latitudes, con los extranjeros⁸⁰; el segundo sentido se refiere a la pretensión de tomarse el lenguaje del derecho e invertir las relaciones de dominación imperantes en un momento determinado. El ejemplo típico de este último sentido lo constituyen las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII y las revoluciones proletarias y campesinas del siglo XX⁸¹.

En lo que atañe al derecho como arma de guerra, es preciso advertir que el derecho es una herramienta del poder⁸² o, como diría Kelsen, “[n]o existe ningún instrumento legal que no tenga un propósito extralegal, porque el Derecho, desde un punto de vista teleológico, es siempre un medio, no un fin”⁸³. En tal contexto, si el derecho es dúctil, si se reduce a puro decisionismo y si, por lo tanto, sirve para fundamentar cualquier postura ideológica, moral, cultural o política⁸⁴, como se

⁸⁰ Es claro que el reconocimiento de estos grupos de personas en el derecho de Occidente es en muchos casos apenas formal aunque materialmente continúen siendo discriminados.

⁸¹ En cuanto estas revoluciones proletarias y campesinas sean de cuño marxista, doctrina que descree del Estado y del derecho como instrumentos emancipadores, se tendería a pensar que no tienen como propósito tomarse el lenguaje del derecho. Sin embargo, el marxismo necesita, paradójicamente, del lenguaje de esta institución para lograr una sociedad libre de Estado y de derecho. Según Carl Schmitt, “[p]ara los marxistas el Estado no es algo muerto o agonizante, sino que constituye un medio necesario para alcanzar la sociedad sin clases y sin estado, motivo por el cual goza de una realidad provisional”. Cfr. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Op. Cit., p. 69.

⁸² El gran poder no radica en tener fusiles y tanques de guerra sino en definir quién es o no beligerante, quién es o no un delincuente político, qué es el orden público, etc., es decir que la verdadera lucha es por definir el derecho. Es obvio que disponer del material bélico es un poder inmenso pero en últimas se arrodilla también a su majestad el derecho, por cuanto que su utilización por parte del Estado constituye un acto estatal y, retomando a Kelsen, el Estado es “como una especie de rey Midas, que convierte en Derecho cuanto toca. Por esta razón (...), todo Estado es un Estado de Derecho, en el sentido de que todos los actos estatales son actos jurídicos, porque y en tanto que realizan un orden que ha de ser calificado de jurídico”. Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado* (1925). México: Editora Nacional, 1934, p. 71.

⁸³ KELSEN, Hans. “Ciencia y política” (1951). En: KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Op. Cit., p. 279.

⁸⁴ Conviene retornar a Schmitt: “Porque ninguna norma, ni superior ni inferior, se interpreta y aplica, se protege o salvaguarda por sí misma; ninguna validez normativa se hace valer por sí misma; y tampoco hay –si

exhibió en la sección anterior, se convierte en un instrumento para combatir al enemigo, esto es, se convierte en el medio para lograr el fin de hacerle la guerra a un contrincante o por lo menos para debilitar al enemigo que aún no es bélico.

Así las cosas, el enemigo puede ser sustraído de la arena política por medio del derecho, como sucedió en el caso de la destitución de la exsenadora Piedad Córdoba por parte de la Procuraduría General de la Nación⁸⁵; o el enemigo puede ser excluido de los beneficios que el delito político reporta, como se evidenció en la sentencia C-456 de 1997 de la Corte Constitucional que impide que los hechos punibles cometidos en combate sean subsumidos por el delito político; o el enemigo puede ser combatido hasta su eliminación física y despojado de cualquier tipo de reconocimiento político, como se ha intentado desde el gobierno de Álvaro Uribe Vélez hasta la actualidad, mediante la calificación de las guerrillas como grupos terroristas⁸⁶; o el enemigo puede ser compelido a homogeneizarse y a perder su identidad cultural, como ocurrió en Francia con la expedición de la ley que prohíbe a las personas cubrirse la cara en todos los espacios públicos, medida que claramente se dirige a vedar el uso de las vestimentas femeninas niqab y burka de algunas comunidades musulmanas. Justamente, “[l]a peor de las confusiones es la que se produce cuando conceptos como derecho y paz son esgrimidos políticamente para obstaculizar un pensamiento político claro, legitimar las propias aspiraciones políticas y descalificar o desmoralizar al enemigo. [...]

no se quiere entrar en metáforas o alegorías- ninguna jerarquía de normas, sino tan solo una jerarquía de hombres e instancias en concreto”. Cfr. SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Op. Cit., p. 86.

⁸⁵ El procurador Alejandro Ordóñez destituyó a Piedad Córdoba, senadora que se caracterizaba por su notoria oposición al gobierno de Álvaro Uribe Vélez y con quien tuvo varios *impasses*, gobierno que, según los medios de comunicación, apoyó la elección de Alejandro Ordóñez como Procurador General de la Nación.

⁸⁶ Sea dicho de paso que esta es una salida de raigambre schmittiana y con una fuerte impronta del derecho penal del enemigo. Pone de relieve Schmitt en su opúsculo *El concepto de lo político* que “el Estado como unidad política, mientras exista como tal, está capacitado para determinar por sí mismo también al ‘enemigo interior’. Tal es la razón por la que en todo Estado se da una forma u otra lo que en el derecho [...] romano [se conocía] como declaración de *hostis*: formas de prescripción, destierro, ostracismo, de poner fuera de la ley, en una palabra, de declarar a alguien enemigo dentro del Estado [...]. Pues, siguiendo una expresión de Lorenz von Stein, ‘en el Estado constitucional’ la constitución es ‘la expresión del orden social, la existencia misma de la sociedad ciudadana. En cuanto es atacada, la lucha ha de decidirse fuera de la constitución y del derecho, en consecuencia *por la fuerza de las armas*” (cursivas tomadas del texto original). Cfr. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Op. Cit., p. 75.

*Pero al igual que sucede con todas las esferas de la vida y el pensar humanos, [el derecho] puede ser utilizado en apoyo o en contra de alguna otra esfera*⁸⁷.

Así mismo, la flexibilidad del lenguaje del derecho lo hace susceptible de ser utilizado por cualquiera de los contrincantes que puede servirse de las normas para esto o para aquello. En palabras de Foucault, “[a]quel que, contra ella [la ley], quiera fundar un nuevo orden, organizar una segunda policía, instituir otro Estado, se encontrará siempre con la acogida silenciosa e infinitamente complaciente de la ley”⁸⁸. Luego el derecho no puede significar el advenimiento de la paz si mi enemigo puede, igualmente, utilizarlo para reivindicar sus propios intereses que contravienen los míos.

Si todo esto es cierto, Hobbes, aquel autor que la modernidad inescrupulosamente aprovechó para profesar que el derecho es garantía de un estado de paz, fue absolutamente coherente en no someter su Leviatán al contrato social. Si el poder transforma y manipula a su voluntad el derecho, proponer que el derecho limite a ese poder comporta una aporía y convierte al Estado de derecho en pura retórica y demagogia. Es tanto como decir que el títere que esconde mi mano es el que me controla.

De hecho, Schmitt es especialmente fino al descubrir que “Hobbes ha extraído estas simples consecuencias del pensamiento político con más claridad que cualquier otro y sin dejarse inducir a error en ningún sentido, afirmando una y otra vez que la soberanía del derecho significa únicamente la soberanía de los hombres que imponen las normas jurídicas y se sirven de ellas, que el imperio de un ‘ordenamiento superior’ -el autor se refiere al imperio del derecho natural- no es más que una frase vacía si no posee el sentido político de que determinados hombres pretendan gobernar, sobre la base de ese ordenamiento superior, sobre

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 94.

⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *El pensamiento del afuera*. Op. Cit., p. 52.

*personas de un 'ordenamiento inferior'. Aquí el pensamiento político resulta irrefutable dentro de su esfera autónoma y cerrada, pues siempre serán grupos concretos de personas los que combatirán contra otros grupos igualmente concretos de ellas en nombre del 'derecho' o de la 'humanidad' o del 'orden' o de la 'paz', y el observador de los fenómenos políticos, si se atiene consecuentemente al pensamiento político, no podrá ver nunca en los reproches de inmoralidad y de cinismo otra cosa que un medio político al servicio de personas que libran combates concretos*⁸⁹.

En suma, el concepto de Estado de derecho es un ardid a partir del cual el Estado recibe legitimación por la vía de una supuesta neutralidad de las normas y una aparente univocidad de su semántica, y a través del cual oculta el ejercicio arbitrario pero a la vez legal del poder, el combate legal del enemigo y la potencialidad de incitar el inicio de una guerra. Dado lo anterior, “[e]l ideal emancipador del derecho liberal puede resumirse en la idea de ‘Estado de derecho’: un gobierno, no de hombres, sino de reglas legal y lingüísticamente establecidas. El Estado de derecho, como ideal político, depende de manera crucial de las posibilidades que tenga el lenguaje legal de ser unívoco”⁹⁰.

⁸⁹ SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Op. Cit., p. 95.

⁹⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Op. Cit., p. 85.

5. Constitucionalización de las ‘convivir’: instrumentalización del derecho como arma de guerra y como máquina generadora de guerra

En 1997, el Gobierno Nacional, encabezado por el entonces presidente César Gaviria Trujillo, dio vigencia al Decreto 356 del 11 de febrero de 1994, “[p]or el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada”, y cuyo objeto es “establecer el estatuto para la prestación por particulares de servicios de vigilancia y seguridad privada”⁹¹. Esta norma fue proferida en virtud de una ley de facultades (Ley 61 de 1993) y fue ella la que dio lugar a la conformación de los grupos llamados ‘convivir’⁹².

El mencionado Decreto fue demandado ante la Corte Constitucional por un grupo de ciudadanos que lo tachaba de inconstitucional. Básicamente los autores de la demanda argüían que estos servicios promueven la burla a los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la convivencia pacífica, a la libertad y a la justicia; que la utilización de armas por parte de particulares desconoce que el monopolio de las armas debe estar en cabeza del Estado; que el restablecimiento del orden público es una competencia exclusiva del Estado; que el poder coercitivo de la fuerza es propio del Estado; y que estos servicios involucran a la población civil en el conflicto armado.

Esta discusión que se le presentó a la Corte Constitucional fue finalmente resuelta en una dividida votación 5-4 a favor de la exequibilidad de la norma, decisión que se plasmó en la sentencia C-572 de 1997 y la cual, además, suscitó una aclaración de voto por parte del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

⁹¹ Art. 1° del Decreto 356 de 1994.

⁹² Esta denominación no viene dada por el Decreto 356 sino por una resolución de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.

A continuación, dirijo este último segmento del texto a explorar la sentencia C-572 de 1997 de la Corte Constitucional con el ánimo de comprobar las dos relaciones entre derecho y guerra que he defendido (el derecho produce guerra y el derecho es un arma de guerra). Intentaré convencer al lector de que este pronunciamiento de la Corte contribuye a que la actual guerra en Colombia no sólo continúe sino que también crezca en sus proporciones, y de que, allende las armas y los campos de batalla propiamente dichos, el derecho también sirve para combatir al enemigo desde los escritorios.

El hecho de que la Corte avale que personas civiles se armen para proveer seguridad y vigilancia privada estimula la violencia, independientemente de que las armas que se les permita portar no sean aquellas de guerra, de uso privativo de la Fuerza Pública o de uso restringido. Comparto ampliamente el criterio del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, quien en su aclaración de voto puso de presente que *“estos organismos, al emplear armas, despliegan un potencial bélico y son susceptibles de generar violencia y afectar derechos fundamentales de las personas. Y que no se diga que eso se puede solucionar si se tiene en cuenta que esos servicios son estrictamente de seguridad, y que por ende no son ofensivos, pues el hecho mismo de poseer armas genera peligros objetivos de daños a terceros, tal y como la Corte tuvo la oportunidad de señalarlo en anteriores decisiones. Así, esta Corporación precisó que incluso las llamadas ‘armas de defensa personal’ mantienen un carácter letal, ‘puesto que su poder defensivo deriva de su potencial ofensivo. Así, un objeto que sirve para que una persona se defienda, pero que no le permite herir o matar al agresor no es, en sentido estricto, un arma. Las armas están entonces indisolublemente ligadas con la violencia potencial y la coacción*⁹³. Por ello, dijo la Corte en otra ocasión, *‘el argumento en virtud del cual es legítima la posesión de armas por parte de los particulares en la medida en que éstas no están dirigidas a la agresión sino a la defensa, está construido en una distinción infundada’ puesto que ‘el poder defensivo de las*

⁹³ Sentencia C-038 de 1995. Fundamento Jurídico No 6.

armas sólo se explica en medio de una situación de disuasión en la cual cada una de las partes puede agredir al adversario para causarle la muerte^{94,95}.

Indiscutiblemente que si a una dinámica de guerra de suyo compleja se le agregan nuevos combatientes, la guerra va aumentar en sus proporciones. Y no sólo eso, sino que es posible que nuevos conglomerados armados cobren vida como reacción violenta en contra de esas ‘convivir’⁹⁶ o que los existentes intensifiquen su brutalidad. La sentencia de la Corte, de esta forma, tiene un efecto multiplicador de la guerra⁹⁷.

La misma Corte Constitucional que retomó la noción de Hobbes sobre el Estado y el derecho como condiciones para superar el estado de guerra, como lo corroboré en el segundo capítulo de este texto, no quiso ver en este mismo autor que el Estado significa monopolio del uso de la fuerza y, como corolario de esto, renuncia a las armas por parte de los gobernados. Desde este punto de vista justificó Hobbes la existencia del Estado, empero, la Corte en su pronunciamiento en relación con las ‘convivir’ pasó por alto esta concepción del Estado, permitiendo

⁹⁴ Sentencia C-296 de 1995. Fundamento Jurídico No A-3.5.

⁹⁵ Aclaración de voto del Magistrado Alejandro Martínez Caballero en la sentencia C-572 de 1997.

⁹⁶ La Corte ya había tenido antes la ocasión de referirse a este punto: “Además, la protección que ofrece a los ciudadanos el armamentismo privado es ilusoria, o reposa en una defensa privilegiada de determinados sectores sociales, en detrimento del principio de igualdad. En efecto, si sólo unas pocas personas se encuentran fuertemente armadas, es indudable que ellas se encuentran mejor protegidas. Pero las otras personas perciben su vulnerabilidad frente a aquellos que poseen recursos bélicos, por lo cual tenderán también a armarse. Solamente volverá a restablecerse la igualdad, y una cierta seguridad, en caso de que se logre un hipotético equilibrio, en el cual todas las personas se encuentren igualmente armadas. Pero lo cierto es que en este punto, el nivel de seguridad colectiva será inferior a aquél que existía al momento inicial en el que nadie estaba armado. Por ello la Corte coincide con las reflexiones del Procurador y de los otros intervinientes sobre el efecto perjudicial que el libre acceso a las armas tiene no sólo sobre la seguridad sino también sobre la igualdad entre los colombianos, puesto que ello generaría una escalada armamentista o una acumulación de medios de violencia en los sectores más poderosos de la sociedad, mientras que la mayoría de la población se encontraría en una situación de desprotección creciente”. Cfr. Sentencia C-038 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁹⁷ Congruentes con esta línea de pensamiento se mostraron dos magistrados disidentes en el salvamento de voto a la sentencia C-456 de 1997: “Por ello, y ojalá nos equivoquemos, lo que efectivamente puede intensificar la ferocidad de la guerra entre los colombianos es la propia decisión de la Corte, pues ésta desestimula el respeto de las reglas del derecho humanitario”. Cfr. Salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero a la sentencia C-456 de 1997.

que la sociedad civil⁹⁸ se arme y que, consecuentemente, el estado civil retroceda hacia el estado de naturaleza⁹⁹.

A juicio de la Corte, *“el artículo 223 de la Constitución consagra el monopolio de la importación, fabricación y comercio de armas, por parte del Estado. Pero autoriza, excepcionalmente, la tenencia y el porte de armas de uso civil (artículo 10 del decreto 2535 de 1993) y de armas de uso restringido (artículo 9 ibidem), a los particulares. Además, en ningún caso y por ningún motivo puede autorizarse la tenencia y porte de armas de guerra, o de uso exclusivo de la Fuerza Pública, a los particulares”*¹⁰⁰. Por plausible que sea aceptar que la Constitución autoriza a los particulares a portar armas, de allí no se puede hilar delgado e inferir que la Carta los habilita para fundar ejércitos privados o cuerpos de guerra organizados. Es muy diferente que un civil porte un arma aisladamente para defenderse de cualquier eventual agresión injusta a que se reúna con más civiles organizada y permanentemente para defender el orden constitucional en solidaridad con el Estado.

En referencia a este asunto, la Corte había manifestado en sentencia C-296 de 1995, providencia que sorprendentemente se cita en la sentencia de las ‘convivir’, que *“[l]as armas de guerra se concentran en ciertos cuerpos especializados del Estado a los cuales les corresponde la tarea de proteger las instituciones constitucionales y mantener la soberanía nacional. Esta labor es inherente al*

⁹⁸ Si bien el concepto de sociedad civil no es unívoco, acá lo entiendo en su sentido más liberal, es decir, como lo no estatal.

⁹⁹ “El Estado moderno es aquella institución que aspira a lograr el monopolio eficaz y legítimo de la coacción en un determinado territorio: con ello se busca evitar los peligros que, para la convivencia social, implica la multiplicación de poderes armados privados. El Estado moderno pretende ser así la negación de la hipótesis hobbesiana (sic) de la existencia de una guerra de todos contra todos, en el estado de naturaleza, pues es deber del Estado mantener la convivencia pacífica e instaurar un sistema jurídico-político estable, para constituir la protección a la vida como una de las obligaciones del gobernante sin las cuales no es posible la continuidad de la comunidad”. Cfr. Sentencia C-038 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Por paradójico que parezca, este mismo fragmento es citado en la sentencia que constitucionaliza las ‘convivir’.

¹⁰⁰ Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

*Estado y no puede ser delegada a personas o entes particulares*¹⁰¹. A esta situación la Corte le ha adscrito el nombre de principio de exclusividad de la fuerza pública, construcción sobre la que descansa el monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado. Más adelante en esta misma sentencia de 1995 se expresa que *“[t]rasladar armas de guerra a un sector de la población es tanto como renunciar a uno de los sustentos de poder efectivo y se confunde con la cesión de una parte de la soberanía nacional. El artículo 216 de la Constitución política establece que la fuerza pública ‘estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional’. Como lo ordenan los artículos 217 y 218 de la Carta son estas dos instituciones las encargadas de proteger, respectivamente, la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio y del orden constitucional, así como mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. En consecuencia, no podrán existir en Colombia civiles provistos de armas de guerra, que sirven justamente a los fines arriba descritos, pues con ello se viola el principio de la exclusividad consagrado en los artículos 216, 217 y 218 de la Carta*¹⁰².

En la sentencia de las ‘convivir’ se cita esta última providencia reseñada para efectos de diferenciar armas de guerra, armas de uso restringido y armas de uso civil. La Corte con ello incurre en la falacia de admitir que si a las ‘convivir’ no se les permite utilizar armas de guerra ni de uso restringido sino las de uso civil es porque su función no es mantener el orden constitucional, función esta que sí es exclusiva del Estado, luego las ‘convivir’ son constitucionales, aunque a renglón seguido se señale que su fundamento está en el deber de solidaridad para con el Estado. Es decir que, según la Corte, un grupo organizado que sólo porta revólveres no amenaza el principio del monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado, pero otro grupo que tiene los mismos objetivos que ese primer grupo

¹⁰¹ Sentencia C-296 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰² *Ibíd.*

pero que porta fusiles sí comporta un peligro para dicho principio. Me pregunto, ¿y es que acaso la soberanía y el orden constitucional sólo pueden ser defendidos con armas de guerra y no con armas de uso civil?

Esta solidaridad que la Corte le pide a la sociedad civil en la sentencia posee un contenido particularmente problemático, por cuanto este valor se predica entre iguales y no entre los habitantes de un territorio y el Estado, los cuales están en una situación de subordinación respecto de aquél¹⁰³.

Por otra parte, cuando la Corte Constitucional pregonaba esta solidaridad, parece que aspira defender un Estado totalitario y no un Estado democrático. Es inobjetable que la Corte tiene que partir del razonamiento organicista¹⁰⁴ del Estado y de la sociedad para llegar a realizar aseveraciones de este estilo a lo largo de la sentencia C-572 de 1997:

“[C]uando la norma se refiere a ‘las personas’, hay que entender no sólo la comunidad, sino todas y cada una de las personas que la conforman. Siguiendo el principio de la solidaridad social, hay que concluir (sic) que cuando se le causa daño a uno solo de los seres humanos que forman una comunidad determinada,

¹⁰³ “Los griegos [...] fundaron una ética que corresponde a la racionalidad, relacionada con la reciprocidad entre personas que están en un mismo nivel: una ética horizontal, es decir, entre iguales. Los grandes valores de la cultura griega eran la amistad, la hospitalidad, la lealtad, la igualdad o la reciprocidad. Estos valores se diferencian de las virtudes en que más insiste la ética cristiana —aunque no es la única— y que no son horizontales sino, por decirlo así, verticales: la compasión y la caridad (que van de arriba hacia abajo), la obediencia, la sumisión o la abnegación (que van de abajo hacia arriba), la paciencia, la humildad, etc.”. Cfr. ZULETA, Estanislao. “Ética, terror y revolución”. En: ZULETA, Estanislao. *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*. Cuarta edición. Medellín: Hombre Nuevo Editores y Fundación Estanislao Zuleta, 2005, p. 64.

¹⁰⁴ El organicismo es una teoría de la sociedad, que sirviéndose de la analogía entre sociedad y organismo humano, apoya el fundamento de los totalitarismos de Estado. La nombrada teoría postula principalmente que el Estado es un gran cuerpo y que los individuos son células de ese cuerpo, es decir que no pueden ser considerados aparte de ese todo como seres autónomos. “La sociedad (y en seguida el Estado) vienen en ella considerados como entes u organismos suprapersonales, como ‘hombres en grande’ capaces de absorber en su seno a los hombres individuales convirtiéndolos en simples miembros, o partes de ese gran ‘Todo social’”. Cfr. DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática* (1966). Octava edición. Madrid: Taurus, 1992, p. 53. El organicismo se contrapone al liberalismo en que para éste el individuo es un fin en sí mismo y el Estado es sólo un medio para asegurar el bienestar del individuo, en tanto que para aquél el Estado es un fin y los individuos son un medio para lograr ese fin.

*ese daño también se le está causando a toda la comunidad. Sostener lo contrario implicaría negar el concepto mismo de sociedad y cambiarlo por el de unos seres humanos que coexisten en un territorio, en determinado momento histórico, pero sin que entre ellos existan relaciones de convivencia, vida en común*¹⁰⁵. Quiere decir la Corte que si se daña a una de las células se está dañando a todo el organismo, pues, como lo comprende el organicismo, la patología de una parte es la patología del todo.

O para sostener que *“es ostensible que la norma que se analiza impone a todos el deber de defender a la comunidad y a cada uno de sus miembros. Es la solidaridad social, a la cual todos estamos obligados y que todos, al mismo tiempo, podemos esperar de los demás: es obligación de todos y de cada uno proceder de conformidad con esa solidaridad; y cada uno de nosotros, lo mismo que la comunidad entera, tiene el derecho a que esa solidaridad se manifieste en su defensa*¹⁰⁶. En tal orden de consideraciones, el obligado a defender a la sociedad es cada uno de sus integrantes y no el Estado, al contrario de lo que propusiera Hobbes. Entonces si quien me brinda protección es mi vecino, mi igual, mi semejante, ¿para qué el Estado? Así vistas las cosas, la Corte da al traste con el fundamento de la existencia del Estado y lo que es peor, asiente en que organizaciones no estatales protejan a la población y reclamen obediencia para sí, de acuerdo al aforismo schmittiano *protego ergo oblige*¹⁰⁷. Así pues, con la anuencia explícita de la Corte Constitucional, las llamadas ‘convivir’ comparten con el Estado la soberanía en los territorios en que ambas instituciones brindan defensa de manera conjunta y solidaria, y le arrebatan al Estado fragmentos de soberanía en los territorios en que éste no hace presencia¹⁰⁸, poniendo en vilo la

¹⁰⁵ Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

¹⁰⁷ Cfr. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Op. Cit., p. 81.

¹⁰⁸ En criterio de la Corte Constitucional, “es inaceptable la tesis de que los delincuentes combaten contra las autoridades legítimas respetando la vida, la libertad y los bienes de los particulares: no, éstos son sus

soberanía estatal y favoreciendo una *competencia de soberanías*¹⁰⁹ dentro del mismo país.

La Corte sin rubor alguno estima que *“el artículo 95 de la Constitución [impone, además,] otro deber a todas las personas: ‘Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas (sic) para mantener la independencia y la integridad nacionales’. Deber que se manifiesta con especial fuerza en lo que tiene que ver con la prevención y la represión de los delitos, de un lado, denunciando ante las autoridades los que estén camino de ejecutarse, y del otro, denunciando los ya cometidos. Así se cumple otro de los mandatos del mismo artículo 95: ‘Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia’”*¹¹⁰. Todo esto conduce a una *“solidaridad con las autoridades y las instituciones, no con los iguales (siempre sospechosos de algo); solidaridad para ayudar a atrapar, no para resolver los problemas de los demás. No es una solidaridad para establecer nexos sino para fomentar la traición o, a lo sumo, el egoísmo (‘mañana podría pasarte a tí’)”*¹¹¹.

De paso la Corte abandona el paradigma liberal que distingue al Estado de la sociedad civil. En el liberalismo el individuo asume nuevas características, pues su autonomía e individualidad son resaltadas como garantías en contra del poder y como límites al poder. En atención a esta concepción, el liberalismo exalta al

víctimas, precisamente porque están indefensos y carecen de organizaciones de vigilancia y seguridad que los protejan, o ellas son insuficientes”. Cfr. Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero. O sea que, según la Corte, la solución contra los delincuentes no está en fortalecer la soberanía estatal sino en implementar organizaciones de vigilancia y seguridad, en otras palabras, en cederle la soberanía a las ‘convivir’.

¹⁰⁹ Cfr. URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa, Op. Cit.

¹¹⁰ Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

¹¹¹ GONZÁLEZ ZAPATA, Julio, Op. Cit., p. 138.

De conformidad con Navasky, el informante destruye “la misma posibilidad de comunidad... porque él opera sobre la base del principio de traición, y una comunidad sobrevive sobre la base del principio de confianza”, es decir, la sociedad se fragmenta, cada quien se vuelve el enemigo del otro y la sociedad se disciplina porque las personas siempre están bajo la constante vigilancia del Estado y de los demás miembros de la comunidad. Cfr. NAVASKY, Victor. Citado por COVER, Robert, Op. Cit., p. 117.

individuo como sujeto titular de derechos, fundando así una nueva forma de estudiar el Estado, ya no desde los gobernantes sino desde los gobernados.

Este optimismo del liberalismo frente al individuo trae aparejada una desconfianza con respecto al Estado que tiene principalmente dos implicaciones íntimamente relacionadas entre sí: primero, el fin son los individuos y el Estado es sólo un medio para lograr el bienestar de los individuos; y, segundo, el Estado debe ser limitado y controlado para precaver innecesarias intromisiones en la esfera de los individuos. Es forzoso entonces derivar, como lo hace Bobbio, que *“[d]esde el punto de vista del individuo, desde el que lo ve el liberalismo, el Estado es concebido como un mal necesario: precisamente en cuanto es un mal, aunque sea necesario (y en esto el liberalismo se distingue del anarquismo), el Estado debe entremeterse lo menos posible en la esfera de acción de los individuos”*¹¹².

Si el liberalismo se acentúa en el individuo y enfatiza al Estado como un mal, el contraste entre la sociedad civil y el Estado debe ser radical. Luego la sociedad civil, de acuerdo a la visión típicamente liberal, es lo no estatal.

Los argumentos de la Corte, por lo tanto, no pueden reputarse de liberales en la medida en que no distinguen entre individuos, comunidad y Estado. Una Corte que se tome en serio los principios del liberalismo no puede armar a la población civil para defender el orden constitucional, pues con ello confunde lo estatal y lo no estatal al mejor estilo de los totalitarismos. Una Corte liberal que considere al Estado como un mal debe defender a los individuos de ese Estado que proyecta enlistar a la sociedad civil justamente a su lado para batallar.

Adicionalmente, la Corte Constitucional se resiste a asimilar a las ‘convivir’ con los grupos paramilitares o de autodefensas, y, en un intento desesperado por

¹¹² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia* (1985). Traducción de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 22.

interpretar las normas de la manera más abstracta posible y sin consultar la realidad, dispone que lo que estos grupos representan es una indebida aplicación del Decreto, situación que supera sus competencias, como si a la Corte le estuviera vedado realizar juicios fácticos. De hecho eso es lo que hace cuando juzga las causas que llevan al Gobierno a declarar estados de excepción, o cuando declara la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas, o cuando controla acciones estatales que son reprochadas por las personas a través de la acción de tutela. Una Corte que ha declarado la situación de los presos y de los desplazados como un estado de cosas inconstitucionales, no es un aplicador frío e insensible del derecho. Antes de estas declaratorias de estados de cosas inconstitucionales han abundado normas en el ordenamiento jurídico que, en abstracto, protegen a los presos y a los desplazados, pero inferir de allí que estas normas son siempre respetadas comporta una falacia de tipo normativista, es decir que del deber ser se deriva el ser.

En la sentencia de marras, la Corte asume que mientras los grupos paramilitares y de autodefensa actúan al margen de la ley, *“los Servicios Comunitarios están debidamente regulados por las normas del decreto 356 (artículos 42, 43, 44, 45 y 46) y disposiciones concordantes, y su creación tiene que ser autorizada por los funcionarios competentes. También su funcionamiento está sometido al control de las autoridades. A estos Servicios Comunitarios (al igual que a todos los servicios de vigilancia y seguridad privada) les está expresamente prohibido capacitar y entrenar a su personal en tácticas, técnicas o procedimientos militares o terroristas, como expresamente lo prevé el inciso segundo del artículo 63 del decreto 356 de 1994 [...] De otra parte, es menester dejar en claro, en forma inequívoca, que los Servicios Comunitarios de Vigilancia y Seguridad Privada sólo pueden utilizar las armas de uso civil a que se refiere el artículo 10 del decreto 2535 de 1993, armas de defensa personal (artículo 11), y armas deportivas (artículo 12). Sus miembros no pueden tener ni portar armas de uso restringido, de las definidas por el artículo 9o. del decreto 2535. La autorización de tales armas*

*de uso civil, está sometida a la reglamentación legal, que es la contenida en el decreto 2535 citado y en las normas concordantes. Ni en el decreto 356 ni en el 2535, existe norma alguna que haga posible la autorización del porte o la tenencia de armas de uso restringido, a los Servicios Comunitarios de Vigilancia y Seguridad Privada, por parte de las autoridades competentes. Tampoco en este caso pueden condenarse las normas por lo que no dicen*¹¹³. Esto es igual a creer que porque el homicidio está prohibido entonces en Colombia la gente no se mata.

Todo esto sin mencionar que la Corte sustenta el fenómeno de las ‘convivir’ en la figura de la legítima defensa. Establece al respecto la Corte que *“para hacer frente a esa agresión colectiva, organizada y permanente, la comunidad ejerce su derecho a la legítima defensa también en forma colectiva, organizada y permanente. Colectiva, porque, al basarse en la solidaridad social, se ejerce por todos los miembros de la comunidad atacada o amenazada; organizada, porque supone un entendimiento entre los miembros de la comunidad, a fin de cumplir coordinadamente los deberes que impone la solidaridad, en lo que tiene que ver con la prevención y la represión de los delitos. Y permanente, porque solamente así es eficaz para responder a la agresión que también lo es*¹¹⁴.

Coincidentalmente, Salvatore Mancuso, jefe de las Autodefensas Unidas de Colombia, determinó en un discurso suyo ante el Congreso de la República en julio de 2004 que *“[a]sí nacen, Señoras y Señores, de forma espontánea y en legítima defensa propia y de nuestras comunidades, los grupos de Autodefensa [...]. Por esta razón, y ante el acecho constante de las guerrillas, recurrimos al derecho inalienable de la legítima defensa, en aras de proteger nuestra existencia*

¹¹³ Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

¹¹⁴ *Ibíd.*

*y nuestros bienes lícitamente adquiridos, que representan el sustento presente y futuro de nuestras familias*¹¹⁵ (subrayas añadidas).

Irónicamente, tanto la Corte Constitucional como Mancuso yerran en la utilización del esquema de la legítima defensa, debido a que éste supone que quien actúa por él amparado sea sujeto de una agresión actual o inminente¹¹⁶, lo cual difícilmente se constata con la simple existencia en abstracto del fenómeno de las guerrillas. Movilizarse organizada y permanentemente antes de que se verifique una agresión real es distinto a que en el momento concreto en que la guerrilla agrede injustamente a alguien, éste se defienda espontáneamente.

La sentencia de la Corte Constitucional merece una crítica más y es que desconoce el Derecho Internacional Humanitario y el principio que lo informa de distinción entre civiles y combatientes¹¹⁷. Como lo señaló la misma Corte en otra ocasión, la *“protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte”*¹¹⁸. Permitir que los civiles se armen implica aceptarlos en la lógica del conflicto como nuevos combatientes y despojarlos de su investidura de civiles. En esto, sin embargo, la Corte no encuentra objeción alguna para el caso de las ‘convivir’ porque para ella *“carecen de razón quienes sostienen que la sociedad civil debe mantenerse al margen de la lucha entre las*

¹¹⁵ El discurso completo se encuentra en la dirección electrónica: www.semana.com/documents/Doc-298_200638.doc. Consultado el 01 de mayo de 2011.

¹¹⁶ Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *Legítima defensa*. Bogotá: Editorial Temis, 1991.

¹¹⁷ Por supuesto que el Derecho Internacional Humanitario también es un arma de guerra que es útil para deslegitimar al enemigo que no lo respeta y para lograr que el enemigo que lo acata pierda la guerra como consecuencia de la debilidad de sus acciones bélicas, en comparación con la potencia y la crueldad ilimitadas que pueden alcanzar los ataques del combatiente que viola la norma.

¹¹⁸ Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*diversas organizaciones delictivas y las autoridades de la república*¹¹⁹. La Corte va incluso más allá y afirma que *“los servicios de vigilancia y seguridad privada, en general, y, en particular, los Servicios Comunitarios de Vigilancia y Seguridad Privada, son verdaderos ‘organismos de protección civil’, expresamente previstos por las normas del Protocolo I”*¹²⁰, desestimando que los organismos de protección civil no pierden su investidura de civiles, gozan de protección humanitaria y no pueden ser objetivo militar.

Desde esta perspectiva, si el Estado y sus fuerzas militares tienen la finalidad de defender la soberanía y el orden constitucional (artículo 217 de la Constitución Política), el hecho de reclamar a las ‘convivir’ colaboración y solidaridad con el Estado acarrea necesariamente que estos grupos también tienen como fin defender la soberanía y el orden constitucional que las guerrillas combaten, a raíz de lo cual se ratifica que los mencionados cuerpos de ‘convivir’ se ubican en la guerra del lado de uno de los combatientes que es el Estado, tornando difusa la distinción entre combatientes y población civil. Como resultado, es equívoco catalogar a las ‘convivir’ como organismos de protección civil.

Como si todo lo anterior fuera poco, la Corte blindo con los efectos de la cosa juzgada constitucional a todo el fenómeno completo de las ‘convivir’, pues declara la constitucionalidad de disposiciones que ni siquiera fueron objeto de demanda, apartándose del mandato constitucional que prevé que en estos casos el control de constitucionalidad debe ser rogado y no oficioso¹²¹. Con este propósito, la Corporación indica que *“[s]i la declaración de exequibilidad no se hace en la parte resolutoria, es también, por no haber sido expresamente demandadas. Pero, también su exequibilidad se apoya en razones semejantes a las expuestas en*

¹¹⁹ Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ Numeral 5° del artículo 241 de la Constitución Política.

*relación con las disposiciones acusadas*¹²². Y más adelante se cerciora de dejar sentado que *“[l]o dicho sobre todos los artículos mencionados en esta décima tercera consideración, tiene una relación inescindible con la parte resolutoria de esta sentencia. Por esto, expresamente se advierte que la exequibilidad de estas normas (basada en todas las razones expuestas en la parte motiva y en la interpretación de las propias normas), queda también amparada por la cosa juzgada constitucional”*¹²³. De manera que la Corte clausura cualquier debate constitucional posterior con ocasión del fenómeno de las ‘convivir’.

No quiero obviar algo antes de terminar y es que la Corte Constitucional en esta sentencia recurre más a valores que despiertan las emociones y los instintos como lo son la paz, el orden y la seguridad, característica muy distintiva pero no exclusiva de los totalitarismos, que a la libertad, la igualdad y al valor del hombre individual. Quizás en un desdoblamiento de personalidad muy cercano a *Doctor Jekyll y el señor Hyde* o al protagonista de *The Wall* de Pink Floyd, la Corte abandonó su personalidad de juez sereno y racional que exige un Estado liberal y asumió la personalidad pasional de un guerrero: *“[l]a Corte Constitucional, al dictar esta sentencia, ha interpretado la decisión de vivir en paz, que millones de ciudadanos manifestaron en las elecciones del pasado 26 de octubre. La Corte rechaza en forma absoluta el empleo de la fuerza contra el derecho, y reafirma su condena a todos los grupos armados que actúan al margen de la ley. De otra parte, la Corte reconoce el derecho de la comunidad a organizarse para defenderse de la delincuencia y apoyar a las autoridades legítimas, con estricta sujeción a las leyes vigentes. La Corte declara que ese apoyo a las autoridades es un derecho y un deber de todas las personas residentes en Colombia. Una paz duradera solamente puede fundarse en el acatamiento a la Constitución y las leyes, y en el respeto y la obediencia a las autoridades, como lo ordena el inciso segundo del artículo 4o. de la misma Constitución. Especialmente, la paz debe*

¹²² Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

¹²³ *Ibíd.*

basarse en el respeto a los derechos, deberes y garantías consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales”¹²⁴. Con mucha razón entonces, los magistrados disidentes le reprochan a la mayoría que la Corte “quedó atrapada en la lógica bipolar de la guerra y terminó por reducir peligrosamente la compleja realidad nacional a las simples categorías de amigo-enemigo”¹²⁵.

¹²⁴ Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

¹²⁵ Salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Vladimiro Naranjo Mesa a la sentencia C-572 de 1997.

6. Una conclusión en medio de una disputa entre amores y odios

En esta reflexión me he ocupado de extraer de los más elementales hitos de la modernidad uno en especial: el que juzga la vinculación entre derecho y guerra como una relación dialéctica, es decir, como dos fenómenos antagónicos y opuestos entre sí.

He mostrado cómo la obra de Hobbes, arrastrada hasta sus límites, ha sido el sustento de esta relación optimista entre derecho y guerra, tesis que suele tener una enorme y creciente recepción entre los círculos más cercanos al poder, entre las doctrinas de huella conservadora y entre las instituciones, como sea que una comprensión de este estilo refuerza el *status quo*, apuntala la confianza en el Estado, asegura la obediencia y vale de fuente de legitimidad, propósitos deseables para quienes como ellos bien saben que *“Dios y el Estado sólo existen si y en la medida que uno cree en ellos, y quedan aniquilados, junto con su inmenso poder que llena la historia universal, cuando el alma humana se libera de esa creencia”*¹²⁶. No debe sorprender, por ende, que la Corte Constitucional abogue por esta relación optimista entre derecho y guerra en su jurisprudencia y que quien la lea desprevenidamente se convenza, pues argumentos concernientes a la paz y a la seguridad resultan siempre muy persuasivos.

Pero además me he trazado la meta de enfrentar la relación optimista entre derecho y guerra con una hipótesis más realista impulsada e influenciada por la lectura de Michel Foucault, que consiste en establecer una íntima relación entre derecho y guerra, entes que no pueden ser enteramente abarcados si se intenta comprender cada uno de manera autónoma, sino que deben ser abordados uno a contraluz del otro.

¹²⁶ KELSEN, Hans. “Dios y Estado” (1922-23). En: *El otro Kelsen*. México: UNAM, 1989, p. 265.

Si bien los autores han descubierto variados nexos entre derecho y guerra, he escogido dos de esos vínculos que se complementan casi perfectamente el uno con el otro con el fin de detallarlos, a saber: el derecho produce guerras y el derecho es instrumentalizado como arma de guerra.

Me aventuré pues en una larga travesía a lo largo de pensadores y corrientes tan cercanos y, al mismo tiempo, tan disímiles entre sí hasta tropezarme con la idea de que el derecho, contrario a los postulados más acabados de la modernidad, es un objeto apropiable, aprehensible y sumamente manipulable.

En tal contexto, Estado-nación, Estado de derecho, democracia, verdad, igualdad, antropocentrismo, derechos humanos, constitución como instrumento de emancipación, libertad, sociedad civil, eurocentrismo, paz, racionalidad, liberalismo, objetividad, sistema, causalidad natural, método y demás hitos de la modernidad se hacen trizas para dar paso a una realidad que siempre ha estado presente pero escondida tras el ropaje protector que estos conceptos le proporcionan. Una vez sea desnudado el derecho y apreciado tal cual es, nos sorprenderemos al encontrarnos frente a frente con una máquina de violencia organizada, concebida en un campo de batalla.

Entendido el derecho como una fuente de la guerra y como una herramienta para combatir al enemigo, descendí al caso concreto de la sentencia de la Corte Constitucional que examinó la exequibilidad del fenómeno de las 'convivir, con la declarada finalidad de probar la existencia de estas particularidades en el derecho y ratificar que la misma Corte que sacraliza el derecho como escenario de paz, quizá sin percatarse de la contrariedad y excitada a raíz de los trastornos de tan larga guerra interna, coadyuva al guerrero estatal, origina más guerra con sus fallos y reduce el espacio para que el conflicto se negocie.

Naturalmente que esta comprensión foucaultiana del Estado y de la guerra no significa que los Estados estén siempre librando conflictos bélicos en contra de algún contendor. Del hecho de que Foucault introduzca la guerra como metodología para entender la paz no se deriva que él no pueda admitir que los Estados también experimentan tiempos de paz. Lo que se torna indiscutible es que incluso en esos tiempos de paz la guerra, aunque latente, continúa en espera de una súbita emergencia. De no ser así, los ordenamientos jurídicos modernos no se preocuparían por consignar normas que regularan los estados de excepción, el servicio militar, la obediencia debida, la justicia penal militar, el porte de armas, y demás categorías que tienen que ver directamente con la guerra. Más aún, el Estado y el derecho deben su existencia a la desviación frente a la norma, suceso que en un momento determinado puede significar una guerra. Y esto es así sencillamente porque si nadie incumpliera las normas, si no hubiera conflictos, no habría razón para la existencia del derecho. De modo que el derecho subsiste a causa de la amenaza constante de guerra y, viceversa, en una hipótesis de absoluta y eterna paz el derecho pierde cualquier sentido. Todo lo dicho respalda el hecho de que *“[l]a soberanía no se instaure de una vez y para siempre pues, más allá del contrato social, en el fondo del orden institucional moderno, y a veces coexistiendo con la ley, palpita la guerra y amenaza con su retorno para reinstalar la anarquía, el miedo y la barbarie en el ámbito social. Por esto el Estado Leviatán deberá mantener la espada desenvainada, no sólo para defender las fronteras de la nación sino para evitar el posible retorno de los estados o situaciones de guerra”*¹²⁷.

Esa espada desenvainada es blandida a través de palabras tranquilizadoras (democracia, Estado de derecho, Estado social, derechos humanos) que mantienen a la población en estado de pasividad; a través del poder del discurso que convence a las personas de que sus desgracias se deben a ellos mismos, al

¹²⁷ URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa, Op. Cit., p. 12.

destino o a la naturaleza, y no al sistema¹²⁸; a través de un constitucionalismo programático que invita a la ciudadanía a aguardar a que las cosas cambien para mejor en el futuro; a través de la censura legal a los medios de comunicación¹²⁹; a través del recurso al miedo¹³⁰; a través de la eliminación legal del sospechoso; a través del asistencialismo de Estado y de las sociedades agradecidas; a través de las religiones que invitan a sus creyentes a asumir con estoica resignación la miseria y la pobreza porque ‘de ellos es el reino de los cielos’; a través de la propaganda; a través de los mecanismos de disciplina (cámaras, brazaletes electrónicos, foto-multas, precedentes jurisprudenciales, *facebooks*, *twitters*, *blackberries*); a través de la apelación a la ‘unidad nacional’; a través del uso de la mentira en la política¹³¹; a través de la permanente pobreza que hace que las vidas cotidianas giren en torno al trabajo y a la necesidad de supervivencia y que no deja espacio para que florezca la razón especulativa y la cultura; a través de la persuasión de que el *status quo* debe permanecer; a través de la eterna ignorancia que hace al pueblo más dócil; a través del amor fallido y de la constante insatisfacción consumista (el producto que vale 9.999, el celular que no han terminado de inventar); etc¹³².

¹²⁸ “El filósofo del derecho Ernesto Garzón Valdés [...] llama la atención en su libro *Calamidades*, sobre la tendencia de atribuir a la naturaleza las consecuencias de la corrupción, las equivocaciones políticas y el desgobierno. Advierte que es común tildar de ‘tragedias’ o ‘catástrofes’ a fenómenos que con una acertada intervención previa del poder público habrían podido ser evitados. [...]Y los responsables políticos se lavan las manos con golpes de pecho y rezos a la virgen María!”. Cfr. ARANGO, Rodolfo. “Invierno y política”. En: *El Espectador*. Bogotá: edición del 21 de abril de 2011.

¹²⁹ A manera de ejemplo, el Decreto 1902 de 1995 prohibía en su artículo 1° “la difusión total o parcial, a través de los servicios de telecomunicaciones definidos en el artículo 2o de la Ley 72 de 1989, de comunicados o de cualquier otro tipo de declaraciones que provengan de grupos guerrilleros, de organizaciones delincuenciales vinculadas a la subversión o al terrorismo o de sus miembros, o que sean atribuidos a ellos”. También prohibió en su artículo 3° “la difusión total o parcial, a través de los servicios de telecomunicaciones a que se refiere el artículo primero, de entrevistas con miembros de grupos guerrilleros, organizaciones delincuenciales vinculadas a la subversión o al terrorismo”.

¹³⁰ “[N]ada parece unir más que estar en contra de algo a lo que se teme”. Cfr. GONZÁLEZ ZAPATA, Julio, Op. Cit., p. 142.

¹³¹ Con ocasión de la mentira en la política véase *Boletín del Área de Derecho Público -BADP-*, Universidad EAFIT, número 04, mayo de 2010.

¹³² No es extraño encontrar todos estos rasgos sintetizados en una canción de *punk*, género reconocido por sus agudas críticas al sistema: “El hombre civilizado tiene que estar controlado por la ley. /Junto con las religiones lo convierten en ganado/ ¿para quién?/Son los polis y prelados servidores del Estado explotador.

La espada desenvainada del poder hay que buscarla no sólo en los aparatos del Estado sino también en la trastienda de instituciones que parecen neutrales e independientes. Siguiendo a Foucault, *“el poder político va mucho más allá de lo que uno sospecha; hay centros y puntos de apoyo invisibles y poco conocidos; su verdadera resistencia, su verdadera solidez quizá se encuentra donde uno menos espera. Probablemente, sea insuficiente afirmar que detrás de los gobiernos, detrás de los aparatos de Estado está la clase dominante; debemos localizar el punto de actividad, los lugares y las formas en las que se ejerce la dominación”*¹³³. Dichos puntos de actividad, lugares y formas pueden ser, a modo de ejemplo, *“la universidad, y, de un modo más general, todos los sistemas de enseñanza, que al parecer sólo diseminan conocimiento, [los cuales] se utilizan para mantener a cierta clase social en el poder y para excluir a otra de los instrumentos del poder. Las instituciones del saber, de la previsión y el cuidado, como la medicina, también ayudan a apuntalar el poder político. Esto también es evidente, incluso a un nivel escandaloso, en ciertos casos vinculados con la psiquiatría”*¹³⁴.

No obstante lo anterior, cuando una ‘contrahistoria’ que ha sido olvidada por el relato dominante es reivindicada es posible que la guerra estalle, y que el Estado

/Son las clases y los medios lavadoras de cerebro en pro del *status quo*. /Son timadores del Estado/ para tenernos controlados. /Lavan la mente y si te sales de control /la policía entra en acción”. Los SuzioX. Dios TV. Aunque tampoco se puede confiar mucho en estos *punks*, debido a que el poder usualmente se esconde en todas estas arengas e instituciones sociales que teóricamente nada tienen que ver con el poder. De suerte tal que le asistía mucha razón a Crass, otro grupo de *punk*, cuando cantaba: “CBS promote The Clash, / but it ain’t for revolution, / it’s just for the cash. [...] Steve Jones started doing real harm. / Preaching revolution, anarchy and change as he sucked from the system that had given him his name”. Crass. Punk is dead.

¹³³ FOUCAULT, Michel y CHOMSKY, Noam. *La naturaleza humana: justicia versus poder* (1971). Traducido por Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 24.

¹³⁴ *Ibíd.*, 23.

La situación descrita por Foucault a propósito de la educación es particularmente evidente en Colombia, país en donde la asimetría entre la calidad de la educación pública y privada es abismal y donde se ha demostrado empíricamente que la calidad de los puestos de trabajo, en cuanto a salario y relevancia social, que consiguen unos y otros estudiantes es igualmente enorme. Al respecto véase: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y QUIROZ LÓPEZ, Laura. *Apartheid educativo en Bogotá*. Razón Pública. 13 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.razonpublica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1879:mauricio-garcia&catid=22:regiones&Itemid=31. Consultado el 04 de mayo de 2011.

libre esa lucha no sólo con el poder de los cañones sino también con un arma silenciosa pero probablemente igual o más eficaz: el derecho. Y también es posible que esa ‘contrahistoria’ se logre articular como la historia nacional dominante y que una nueva ‘contrahistoria’ incite una nueva guerra, y que la revolución desencadene una contrarrevolución. Como advierte María Teresa Uribe en la misma línea argumentativa de Foucault, las soberanías se consolidaron en *“procesos autoritarios de dominación-sujeción a través de los cuales un grupo que se definió así mismo como nacional, logró imponerse sobre los demás e instaurar la soberanía en territorios y conjuntos sociales determinados”*¹³⁵.

Para no ir muy lejos, en los últimos años se viene impulsando en Colombia una reforma agraria consistente en la restitución de las tierras que la violencia arrebató a sus originales poseedores. El Estado finalmente escuchó las demandas de estas víctimas, pero quienes tienen una ‘contrahistoria’ que relatar no se hicieron esperar y asesinaron a Yolanda Izquierdo, líder campesina que reclamaba la devolución de tierras¹³⁶.

Esta es la realidad de la formación de muchos Estados y ordenamientos jurídicos por desalentadora y pesimista que sea. Lo inocultable es que detrás de la aparente paz siempre acecha la guerra y que la evitación de que ella irrumpa depende de la eficacia y contundencia de esa espada desenvainada¹³⁷ o de que quienes se revelen sean unos pacifistas convencidos.

¹³⁵ URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa, Op. Cit., p. 16.

¹³⁶ Cfr. “Últimos días del calvario de Yolanda Izquierdo”. En: *El Tiempo*. Bogotá: edición del 4 de febrero de 2007.

¹³⁷ La eficacia y contundencia de la espada desenvainada se asume como una racionalidad progresiva: “la de los cálculos, la de las estrategias, la de las astucias, la de los procedimientos técnicos para conservar la victoria, para acallar –al menos en apariencia- la guerra, para mantener o derribar las relaciones de fuerza. Se trata entonces de una racionalidad que, a medida que surge y se desarrolla, se hace abstracta, cada vez más ligada con la fragilidad y con la ilusión, con la astucia y con la malicia de aquellos que, habiendo obtenido provisoriamente la victoria –y en tanto favorecidos en la relación de dominación- tienen todo el interés de no volver a ponerla en juego”. Cfr. FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Op. Cit., p. 63.

Ahora bien, suscribir el criterio de que el derecho y la guerra se toleran entre sí no cesa de revelar una visión afín con el liberalismo, comoquiera que reclama que el derecho es un mal en la proporción en que propicia guerras y en que es un instrumento de lucha, además de necesario en la vida en comunidad¹³⁸.

Me temo, finalmente, que algunos podrían aducir en contra de mi opinión que el sistema democrático liberal es precisamente una herramienta para evitar la guerra y para canalizar cualquier demanda sin necesidad de derramar una sola gota de sangre.

Más allá de que el tratamiento de la democracia es un tema que desborda el propósito de este texto, ante esta eventual réplica tengo que responder que ello puede ser cierto en una democracia perfecta, en una democracia quimérica de aquellas que imaginaron los teóricos de forma ideal y especulativa.

Pero yo pienso en una democracia para hombres reales de carne y hueso, que es imperfecta como cualquier democracia actual, en la que las decisiones públicas no reflejan el resultado de las preferencias de los votantes, como lo demostró Arrow¹³⁹, sino que reflejan los intereses particulares, egoístas y maximizadores de los agentes involucrados en las decisiones públicas, quienes se comportan como un *homo economicus*, según los planteamientos de la teoría del *public choice*. Pienso en una democracia en la que hay voces sobrerrepresentadas y voces ausentes, en la que muchos no tienen los medios materiales y económicos para

¹³⁸ Acerca de la necesidad del derecho, es de capital trascendencia enfrentar el capítulo denominado *Las normas jurídicas y la moral* incluido en el ya clásico libro de Hart *El concepto de derecho*. En él, el profesor inglés narra ciertas 'verdades obvias' que suministran razones para que exista el derecho, entre ellas la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado y los recursos limitados. Cfr. HART, H.L.A. *El concepto de derecho* (1961). Segunda edición. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

¹³⁹ "[G]racias al Teorema de Arrow sabemos que la 'voluntad colectiva' -mayoría- es un fantasma cuya existencia depende de reglas cuantitativas algo caprichosas, y, peor aún, que tal voluntad puede escoger de manera ilógica. Una mayoría puede decir por ejemplo: A mejor que B, B mejor que C y C mejor que A. ¿Qué valor tiene, entonces, el procedimiento democrático?" Cfr. CHINCHILLA, Tulio Elí. "Valor del ritual democrático". En: *El Espectador*. Bogotá: edición del 4 de junio de 2010.

hacerse escuchar, en la que muchos no pueden tomar decisiones informadas por falta de educación. Pienso, en fin, en democracias en contextos de liberalización financiera donde “[e]l movimiento libre de los capitales crea lo que algunos han llamado un ‘parlamento virtual’ de inversores y prestamistas que controlan de cerca los programas gubernamentales y ‘votan’ contra ellos, si los consideran ‘irracionales’, es decir, si son en beneficio del pueblo, y no del poder privado concentrado[...]. Los inversores y los prestamistas pueden ‘votar’ con la fuga de capitales, con ataques a las divisas y con otros instrumentos que les sirve en bandeja la liberalización financiera”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ CHOMSKY, Noam. “La cara antidemocrática del capitalismo, al descubierto”. En: *Alma Mater* No.571. Medellín: Universidad de Antioquia, noviembre de 2008, p. 9.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos especializados

ABAD FACIOLINCE, Héctor. "En alabanza del ñero". En: *El Espectador*. Bogotá: edición del 22 de agosto de 2010.

ARANGO, Rodolfo. "Invierno y política". En: *El Espectador*. Bogotá: edición del 21 de abril de 2011.

ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén* (1964). Traducción de Carlos Ribalta. Barcelona: Debolsillo, 2006.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidad y holocausto* (1989). Tercera edición. Madrid: Ediciones Sequitur, 2006.

BOBBIO, Norberto. "Sobre el fundamento de los derechos del hombre". En: BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1992.

_____. *Liberalismo y democracia* (1985). Traducción de José F. Fernández Santillán. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

CHINCHILLA, Tulio Elí. "Valor del ritual democrático". En: *El Espectador*. Bogotá: edición del 4 de junio de 2010.

CHOMSKY, Noam. "La cara antidemocrática del capitalismo, al descubierto". En: *Alma Mater No.571*. Medellín: Universidad de Antioquia, noviembre de 2008.

COVER, Robert. *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial* (1993). Traducción de Christian Courtis. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002.

DE GABRIEL, José Antonio. "La formación del Estado moderno". En: DEL ÁGUILA, Rafael (editor). *Manual de ciencia política*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática* (1966). Octava edición. Madrid: Taurus, 1992.

DOUZINAS, Costas. *El fin de los derechos humanos* (2000). Traducción de Ricardo Sanín Restrepo, Óscar Guardiola-Rivera y Ómar Alonso Medina. Bogotá: Legis, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France* (1975-1976). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. *El orden del discurso. Discurso inaugural en el Collège de France* (1970). Traducido por Alberto González Troyano. Cuarta edición. Barcelona: Tusquets, 2008.

_____. *El pensamiento del afuera* (1966). Traducido por Manuel Arranz. Tercera edición. Valencia: Pretextos, 1993.

_____. *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Madrid: La Piqueta, 1992.

_____. *Nietzsche, la genealogía, la historia*. Traducido por José Vázquez Pérez. Segunda edición. Valencia: Pretextos, 1992.

_____. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Traducción e introducción de Miguel Morey. Barcelona: Altaya, 1994.

_____. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1976). Traducción de Aurelio Garzón del Camino. Vigésimoséptima edición. México. D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1998.

_____ y CHOMSKY, Noam. *La naturaleza humana: justicia versus poder* (1971). Traducido por Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *La actualidad de lo bello. El arte como juego, símbolo y fiesta* (1977). Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

_____ y QUIROZ LÓPEZ, Laura. *Apartheid educativo en Bogotá*. Razón Pública. 13 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.razonpublica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1879:mauricio-garcia&catid=22:regiones&Itemid=31. Consultado el 04 de mayo de 2011.

GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *Legítima defensa*. Bogotá: Editorial Temis, 1991.

GONZÁLEZ ZAPATA, Julio. "El terrorismo: la utilidad del miedo". En: *Estudios Políticos No. 21*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre 2002.

HART, H.L.A. *El concepto de derecho* (1961). Segunda edición. Traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

KELSEN, Hans. "Ciencia y política" (1951). En: KELSEN, Hans. *¿Qué es justicia?* Traducción y estudio preliminar de Albert Calsamiglia. Barcelona: Ariel S.A., 1991.

_____. "Dios y Estado" (1922-23). En: *El otro Kelsen*. México: UNAM, 1989.

_____. "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica" (1941). En: KELSEN, Hans. *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Prólogo de Enrique Aftalión. México: Editora Nacional, 1974.

_____. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (1953). Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Quinta edición. México: Fontamara, 1998.

_____. *Teoría general del Estado* (1925). México: Editora Nacional, 1934.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial* (1986). Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre, 2005.

LASALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* (1862). Bogotá: Panamericana, 2004.

LEGENDRE, Pierre. *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático* (1974). Traducido por Marta Giacomino. Barcelona: Anagrama, 1979.

LENIN, Vladimir Ilich. *El Estado y la revolución* (1918). Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1974.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *La letra y el espíritu de la ley. Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. *Manifiesto del partido comunista* (1848). Bogotá: La Oveja Negra, 1972.

MONTOYA BRAND, Mario. *Control constitucional, guerra y paz en Colombia: 1992-2006*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, España, 2009.

MONTOYA RESTREPO, Nataly. "Usos y abusos del concepto 'Estado' según Hans Kelsen". En: MONTOYA BRAND, Mario y MONTOYA RESTREPO, Nataly

(editores y compiladores). *Hans Kelsen. El reto contemporáneo de sus ideas políticas*. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

OSPINA, William. "Lo que asusta al filósofo". En: *El Espectador*. Bogotá: edición del 24 de abril de 2011.

RODRÍGUEZ, César. "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial". En: KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial* (1986). Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre, 2005.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. *Monstruo- city. La puerta de Tannhauser*. Texto inédito.

SCHMITT, Carl. "Conceptos y posiciones en la guerra con Weimar-Ginebra-Versalles, 1923-1939: El imperialismo moderno en el derecho internacional público" (1932). En: AGUILAR ORESTES, Héctor (prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. *El concepto de lo político* (1932). Versión de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 2009.

_____. *Legalidad y legitimidad* (1932). Traducción de José Díaz García. Madrid: Aguilar, 1971.

_____. "Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía" (1933). En: AGUILAR ORESTES, Héctor (Prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

SÓFOCLES. *Antígona*. Bogotá: Panamericana, 2003.

STALIN, José. *Sobre el materialismo dialéctico y el materialismo histórico* (1938). Medellín: Ediciones Nueva Crítica.

SWIFT, Jonathan. *Los viajes de Gulliver* (1726). Traducción de Agustí Bartra. México: Editorial Cumbre, 1972.

URIBE DE HINCAPIÉ, María Teresa. "Las soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz". En: *Estudios Políticos No. 13*. Medellín: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, julio-diciembre 1998.

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Segunda edición aumentada. Bogotá: Fondo Editorial CEREC, 1997.

VÁSQUEZ CÁRDENAS, Ana Victoria. *Un episodio de violencia estatal como expresión de la guerra irregular en Colombia*. Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en Ciencia Política. Universidad de Antioquia. Instituto de Estudios Políticos. Medellín, 2002.

VILLA MARTÍNEZ, Marta Inés (editora). *El miedo. Reflexiones sobre su dimensión social y cultural*. Medellín: Corporación Región, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Primera edición. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Traducido por Elena Bossi. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

ZULETA, Estanislao. "Ética, terror y revolución". En: ZULETA, Estanislao. *Colombia: violencia, democracia y derechos humanos*. Cuarta edición. Medellín: Hombre Nuevo Editores y Fundación Estanislao Zuleta, 2005.

Fuentes noticiosas

EL TIEMPO. Bogotá: edición del 4 de febrero de 2007. "Últimos días del calvario de Yolanda Izquierdo".

SEMANA. Bogotá. Discurso de Salvatore Mancuso ante el Congreso de la República. Disponible en: www.semana.com/documents/Doc-298_200638.doc. Consultado el 01 de mayo de 2011.

Fuentes normativas

Aclaración de voto del Magistrado Alejandro Martínez Caballero en la sentencia C-572 de 1997.

Constitución Política de 1991.

Decreto 356 de 1994.

Decreto 1902 de 1995.

Ley 61 de 1993.

Salvamento de voto del Magistrado Ciro Angarita Barón a la sentencia C-031 de 1993.

Salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo y Vladimiro Naranjo Mesa a la sentencia C-572 de 1997.

Salvamento de voto de los Magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero a la sentencia C-456 de 1997.

Sentencia T-102 de 1993. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-561 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-179 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-038 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-296 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-227 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-572 de 1997. M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-008 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.